

Retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten

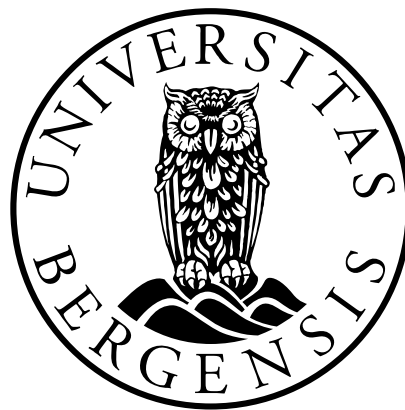
En balanse mellom individ og fellesskap

Kandidatnummer:

104

Antall ord:

28 139



JUS398 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

30.05.2016

*«Til lags åt alle kan ingen gjera,
det er no gamalt og skal så vera.
Eg tykkjer stødt at det høver best
Å hjelpa den som trenger mest.»*

Ivar Aasen, Symra, 1867

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	5
1.1	Presentasjon av temaet	5
1.2	Bakgrunn for temaet.	7
1.2.1	Om retten til helsehjelp	7
1.2.2	Sterke og svake rettigheter.....	8
1.2.3	Om prioritering i helsetjenesten	9
1.3	Avgrensninger.....	11
1.4	Framstillingens oppbygning.....	12
2	Metode	13
2.1	Innledning	13
2.2	Pasient- og brukerrettighetsloven	14
2.3	Menneskerettsloven.....	15
2.4	Lovforarbeider	16
2.5	Prioriteringsforskriften	17
2.6	Forarbeid til forskrift	18
2.7	Prioriteringsveiledere.....	18
2.8	Rettspraksis.....	22
2.8.1	Andre organer med et visst domstolpreg	23
2.9	Juridisk teori	23
2.10	Helserettens verdier og krav	24
2.11	Valg av modell for analyse av pbrl § 2-1b andre ledd	25
2.12	Rettspolitisk drøftelse	26
3	Grunnleggende verdier og krav.	27
3.1	Innledning	27
3.2	Menneskeverdet	28
3.3	Likebehandling	29

3.4	Rettsikkerhet	30
3.5	Faglig forsvarlighet	32
3.5.1	Forsvarlighetskravet som rettslig standard	32
3.5.2	Forsvarlighetskravet som minstestandard	33
3.5.3	Plikten til forsvarlig virksomhet og yrkesutøvelse	34
3.5.4	Retten til forsvarlig helsehjelp	35
3.5.5	Forsvarlighet og ressursbruk	35
4	Retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten	38
4.1	Innledning	38
4.2	Pasientforløpet	39
4.3	Retten til nødvendig helsehjelp som materiell rettighet	40
4.4	Hvem er forpliktet til å yte nødvendig helsehjelp?	42
4.5	Hvem er berettiget til nødvendig helsehjelp?	43
4.6	Hva er «nødvendig» helsehjelp?	44
4.6.1	Prioriteringsforskriften som ramme for den individuelle retten	48
4.6.2	Prioriteringsforskriften § 2	50
	Pasienten kan ha «forventet nytte av helsehjelpen»	50
	«Forventede kostnader står i et rimelig forhold til tiltakets effekt»	51
4.6.3	Prioriteringsforskriften § 2a	54
	«Alvorlighet- og hastegrad»	55
4.6.4	Prioriteringsveiledere	57
4.7	Helsehjelpens art, omfang og kvalitet	59
4.8	Frist for når helsehjelpen skal ytes	62
4.9	Hvor skal helsehjelpen ytes?	64
4.10	Klage og domstolskontroll	66
4.10.1	Klage	67
4.10.2	Domstolskontroll	68

4.11	Helhetsvurdering av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.....	71
4.11.1	Vilkårsiden	71
4.11.2	Rettsfølgesiden	73
5	Lovgivning som virkemiddel for å understøtte balansen mellom individ og felleskap.	75
5.1	Innledning	75
5.2	Pasienten: enkeltindivid og samfunnsmedlem	76
5.2.1	Endringer i pasientens holdninger	76
5.2.2	Behovet for lovgivning med klarere ordlyd	79
5.2.3	Formålsbestemmelsen som tolkningsfaktor	83
5.3	Helsepersonellet: ytere av helsehjelp og ressursforvaltere	85
5.3.1	Helsepersonellets rolle som «portvakt»	85
5.3.2	Rettslig regulering for å sikre likebehandling	86
5.3.3	Lovgivning som beslutningsstøtte.....	89
5.4	Hvor sterk bør retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten være?.....	90
5.5	Prioritering i et mer helhetlig perspektiv	91
5.6	Noen siste betraktninger	93
	Kildeoversikt	97

1 Innledning

1.1 Presentasjon av temaet

Temaet for denne oppgaven er retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl) § 2-1b andre ledd.¹ Formålet er å gjøre en analyse av innholdet i rettigheten, og den verdiavveiningen som foretas mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser.

Norge er et av verdens rikeste land og blant de landene som bruker mest ressurser til helsetjenester i forhold til folketall. Det skjer store fremskritt på det medisinske og medisinsk-teknologiske feltet. Sammen med den voksende andelen eldre gjør dette etterspørselen etter helsetjenester likevel større enn det som kan tilbys av det offentlige. Dette medfører et «helsegap» som oppstår når kostnadene for de tilgjengelige helsetjenestene overstiger det vi som samfunn er villige til å bruke på denne delen av velferdstjenesten.² Helsetjenesten må derfor prioritere, noe som innebærer å rangere og å sette noe foran noe annet. Beslutninger om prioritering er viktige nettopp fordi det handler om fordeling av fellesskapets ressurser innenfor den offentlige delen av helsetjenesten.³

De velferdsordningene som er utviklet i Norge gjennom hele det forrige århundre har fått stor betydning for innbyggerne og har gitt oss tryggere livsvilkår. Befolkningen har fått individuelle rettigheter gjennom en omfangsrik, og samtidig finmasket, velferdslovgivning.⁴ Etter 1980 - årene vokste det på helserettens område frem en sterkere rettighetsfesting gjennom lover og forskrifter. Disse lovene har bidratt til å styrke pasientenes og brukernes rettssikkerhet. Samtidig med denne rettsliggjøringen har pasientenes holdninger og forventninger endret seg. Pasientene er i dag

¹ Pasient- og brukerrettighetsloven (1999)

² Carlsen & Riise (2013), s. 349, Helsedirektoratet (2012), s. 8, NOU (2014: 12) s. 11 og s. 16, Bringedal (2015) s. 79, Johansson, Miljeteig, & Norheim (2009) s. 17, Bærøe (2009) s. 488

³ Helse- og omsorgsdepartementet (2015b) s. 39, NOU (2014: 12) s. 16

⁴ Kjønsstad & Syse (2005), s. 30

velinformerte «forbrukere» av helsetjenester, og mange leger oppfatter seg selv i større grad som «serviceyttere».⁵ Balansekunsten mellom å ivareta individet samtidig som fellesskapets ressurser skal forvaltes har også av denne grunn blitt mer utfordrende.

Den norske stat setter grenser for hvor stor del av den offentlige helsetjenesten som skal være gratis eller sterkt subsidiert, og hvilke tjenester innbyggerne må betale for. Vi har i internasjonal sammenheng en raus velferdsstat i Norge og det er vanskelig å finne andre land som balanserer kvalitet av tjenester og likebehandling ved tilbudene bedre enn slik det gjøres her. Vi ser likevel et økende «helsegap». For å komme dette i møte, må det settes en øvre grense for hva som kan forventes å få av det offentlige. Dette av hensyn til forvaltningen av fellesskapets ressurser. På den annen side vil kravet til forsvarlighet sette en nedre grense for helsehjelpen for å ivareta hensynet til individet.⁶

Det overordnede målet med den norske helsetjenesten er å sikre alle innbyggere i landet lik tilgang til helsetjenester som er faglig forsvarlige.⁷ Lovgivning er i denne sammenheng et viktig politisk virkemiddel for å nå disse målsettinger. Med bindende virkning fastlegger lovgivningen rettigheter og plikter, finansiering og organisatoriske forhold.⁸ Etter pbrl § 2-1b andre ledd foreligger det en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Denne rettigheten gjelder pasienter som er henvist for planlagt nødvendig helsehjelp og som har krav på å bli vurdert av en spesialist innen en viss frist, jf. pbrl § 2-2. Rettigheten er ytterligere presisert i prioriteringsforskriften.⁹ Gjennom gitte kriterier settes rammene for rettigheten for å sikre likebehandling.

Ved lovvedtak 21. juni 2013 nr. 79 ble pbrl § 2-1 b vesentlig endret. Endringene krevde mye forberedelser av administrativ og faglig karakter og ble ikke satt i kraft før 1. november 2015.¹⁰ Det ble også som følge av

⁵ Førde (2004) s. 958

⁶ Mørland, Ringard, & Røttingen (2010), s. 398, Nylenna (2015), s. 535 og 536

⁷ St.meld. nr. 26 (1999-2000), s. 28

⁸ Aasen, Hartlev, & Magnussen (2015), s. 411

⁹ Prioriteringsforskriften (2000)

¹⁰ Syse (2015), s. 99

endringene i bestemmelsen gjort endringer i prioriteringsforskriften.¹¹ Etter forarbeidene har et av hovedformålene vært å «forenkle og forbedre regelverket, bedre understøtte et forsvarlig pasientforløp, samt sikre tilgang til spesialisthelsetjenesten for de pasientene som har behov for det».¹² I lys av lovendringene og utfordringene vi står overfor i helsetjenesten med fordelingen av begrensede ressurser, er temaet denne oppgaven ønsker å belyse følgende:

Retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. En balanse mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av felleskapets ressurser.

1.2 Bakgrunn for temaet.

1.2.1 Om retten til helsehjelp

Kommunen og staten har plikt til å sørge for at det finnes henholdsvis primær- og spesialisthelsetjenester. Det følger av helse- og omsorgstjenesteloven (hol) § 3-1 første ledd at «kommunen skal sørge for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendig helse- og omsorgstjeneste».¹³ Videre følger det av spesialisthelsetjenesteloven (shl) § 2-1 første ledd at «staten har det overordnede ansvaret for at befolkningen gis nødvendig spesialisthelsetjeneste».¹⁴ Bestemmelsene sier ikke noe om størrelsen på tjenestetilbudet. Dette må dimensjoneres ut fra kravet befolkningen har på nødvendig helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven. Samtidig må tjenesten dimensjoneres slik at den holder et forsvarlig nivå, noe som fremgår av shl § 2-2, hol § 4-1 og helsepersonelloven (hpl) § 4.¹⁵

Befolkningens rett til nødvendig helsehjelp både fra kommunen og spesialisthelsetjenesten fremgår av pasient- og brukerrettighetslovens kapittel 2. Etter pbrl § 2-1a andre ledd har pasienten rett til «nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen». Hva som kan innfortolkes i ordlyden

¹¹ Helse- og omsorgsdepartementet (2015a) s. 63

¹² Prop. 118 L (2012-2013) s. 11

¹³ Helse- og omsorgstjenesteloven (2011)

¹⁴ Spesialisthelsetjenesteloven (1999)

¹⁵ Helsepersonelloven (1999)

«nødvendig» helsehjelp fra kommunen er ikke nærmere presisert i lov eller forskrift. I lovforarbeidene fremgår det imidlertid at helsehjelpen er «begrenset til det som økonomi, tilgang på helsepersonell og utstyr gjør mulig». Samtidig stilles det et krav til en forsvarlig minstestandard som kommunene ikke kan gå under.¹⁶ Dette medfører at retten til nødvendig helsehjelp fra kommunen er en nokså uklar og relativ rettighet/størrelse.

Når det gjelder retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten fremgår denne av pbrl § 2-1b andre ledd, og er i større grad presisert gjennom kriteriene som fremgår av prioriteringsforskriften. Disse kriterier setter rammene for rettigheten og hvilke pasienter som skal prioriteres først. Balansen mellom hensynet til individet og hensynet til fellesskapets ressurser må vektes i flere deler av helsesektoren. Det er likevel bare i pbrl § 2-1b at vi finner en nærmere spesifisert regulering gjennom presisering i prioriteringsforskriften. Videre har Helsedirektoratet utarbeidet 33 fagspesifikke prioriteringsveiledere. Disse har til hensikt å øke forståelsen av kriteriene i prioriteringsforskriften og bidra til likere praktisering av dem. Dette for ytterligere å sikre velferdsstatens grunnleggende verdi om likebehandling.¹⁷

1.2.2 Sterke og svake rettigheter

Hvordan en rettighet er utformet vil ha innvirkning på hvor «sterk» eller «svak» rettigheten er sett ut i fra et pasientperspektiv. En rettighet som gir en pasient et rettskrav dersom et objektivt og lett målbart vilkår er oppfylt, vil være naturlig å anse som en sterk rettighet. Videre har rettigheten ofte en klart korresponderende pliktlovgivningen hvor det fremgår hvem som er forpliktet til å yte tjenesten. Den økonomiske situasjonen har heller ingen påvirkning på om rettigheten blir oppfylt. En rettighet som er utformet mer generelt, og hvor det for eksempel kreves en medisinsk kompetanse for å avgjøre om vilkårene i rettighetene er oppfylt, vil fra et pasientperspektiv være å anse som en svakere rettighet.¹⁸ Denne type rettighet med vagere formuleringer gir derfor større rom for politiske vurderinger og faglig skjønn.

¹⁶ Ot.prp. nr. 66 (1981-1982), s. 31

¹⁷ Syse (2015) s. 209, Helsedirektoratet (2015a) s. 7, Prop. 118 L (2012-2013), s. 50

¹⁸ Prop. 118 L (2012-2013), s. 20, Kjønsstad & Syse (2012), s. 107 og 110

Individet må, ved svake rettigheter, konkurrere om begrensede ressurser.¹⁹ Som jeg vil komme tilbake til i fremstillingen finnes det likevel en nedre grense for hva som kan tilbys den enkelte, angitt ved kravet om forsvarlig helsehjelp.

I hvilken grad en rettighet er svak eller sterk kan variere. Det er ikke slik at en rettighet nødvendigvis er klart svak eller klart sterk, men kan befinne seg et sted mellom disse ytterpunktene.²⁰ Hvor retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd befinner seg vil bli forsøkt analysert i denne fremstillingen. Retten til nødvendig helsehjelp fra kommunes helse- og omsorgstjeneste jf. pbrl § 2-1a andre ledd vil bli brukt som sammenlikningsgrunnlag. Som verktøy for analysen vil jeg benytte Kjønstads analysemodell.²¹

1.2.3 Om prioritering i helsetjenesten

Prioriteringsutfordringene i helsesektoren har vært et tema i samfunnsdebatten siden slutten av 1980 – tallet. Det har siden dette blitt skrevet tre offentlige utredninger. Det første utredningsarbeidet ble ledet av professor Inge Lønning, og resulterte i NOU 1987:23 «Retningslinjer for prioriteringer innen norsk helsetjeneste». Utvalget er senere blitt omtalt som Lønning I - utvalget.²² Det ble foreslått fem prioriteringsnivåer som representerte en rangering ut fra tilstandens alvorlighetsgrad. Innstillingen pekte også i retning av kriteriene «effekt» og «nytte» som skulle bli mer sentrale etter hvert.²³

I 1996 ble det besluttet å oppnevne et nytt prioriteringsutvalg for helsetjenesten som også ble ledet av professor Inge Lønning, og blir omtalt som Lønning II - utvalget. Utvalgets mandat var å videreføre arbeidet fra Lønning I – utvalget.²⁴ I 1997 avgav utvalget sin innstilling, NOU 1997:18 «Prioriteringer på ny – Gjennomgang av retningslinjer for prioritering innen

¹⁹ Kjønstad & Syse (2012), s. 107 og 110

²⁰ Kjønstad & Syse (2012) s. 107 og 108

²¹ Kjønstad & Syse (2012) s. 108, Kjønstad (1990), s. 17

²² NOU (1987: 23)a s. 3, Mørland et al. (2010) s. 2264

²³ NOU (2014: 12) s. 52

²⁴ NOU (1997: 18) s. 16

norsk helsetjeneste». Hovedkonklusjonen var at for grunnleggende helsetjenester måtte følgende tre kriterier være oppfylt: «tilstandens alvorlighet, tiltakets nytte og tiltakets kostnadseffekt».²⁵ De tre kriteriene ligger også etter gjeldende rett til grunn for retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, og fristen for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp, jf. prbl § 2-1b andre ledd.

Prioriteringsspørsmål er vanskelige og utfordrende. Spesielt på grunn av utvikling i behandlingsmetoder, teknologi, demografi og forventninger til helsetjenesten. Det ble derfor i 2013 oppnevnt et tredje utvalg som skulle drøfte problemstillinger knyttet til prioritering i helsetjenesten.²⁶ Utvalget ble ledet av professor Ole Frithjof Norheim og har senere blitt omtalt som Norheim – utvalget. Utvalgets innstilling, NOU 2014:12 «Åpent og rettferdig – prioriteringer i helsetjenesten» la frem forslag til tre nye kriterier for prioritering. Dette har vært viktige bidrag i den pågående debatten om hvilke hensyn som skal ligge til grunn for prioritering.²⁷

Hver dag tas det mange prioriteringsbeslutninger i norsk helsetjeneste. Dette har jeg selv erfart etter flere år som fysioterapeut både i kommunehelsetjenesten og i spesialisthelsetjenesten. Spørsmålet er ikke om prioriteringsbeslutninger må tas, men hvordan de kan tas på best mulig måte. Selv i vårt rike land må vi av og til si nei til tilbud med liten nytte og som krever store ressurser, til fordel for andre pasienter som trenger det mer. I andre tilfeller kan liten grad av alvorlighet tilsi lavere prioritet slik at pasienten må vente lengre eller betale noe eller alt selv.²⁸ Denne formen for beslutninger har stor innvirkning på menneskers liv. Beslutningene må derfor være i samsvar med grunnleggende verdier i den norske helsetjeneste. Disse er grundig drøftet i alle de tre offentlige utredningene om prioritering, hvor lovgivning er ett av flere virkemidler for å sikre prioriteringsbeslutninger i tråd med grunnleggende verdier.²⁹

²⁵ NOU (1997: 18) s. 22

²⁶ NOU (2014: 12) s. 9

²⁷ Helse- og omsorgsdepartementet (2015b); NOU (2014: 12)

²⁸ NOU (2014: 12) s. 16

²⁹ NOU (1987: 23)a kap. 6, NOU (1997: 18) kap. 8, NOU (2014: 12) kap. 3

1.3 Avgrensninger

Samfunnets forvaltning og prioritering av offentlige ressurser skjer på flere nivå. Det må for det første prioriteres mellom helsesektoren og de andre sektorene i samfunnet. For det andre må det prioriteres når offentlige midler skal fordeles mellom ulike deler av helsetjenesten slik som kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten, de ulike fagområder og spesialitetene. Det tredje nivået er prioriteringen mellom pasientene.³⁰ Det er dette siste nivået som er denne oppgavens sentrale tema. Både hvilke kriterier som etter gjeldende rett ligger til grunn ved prioritering mellom pasientene, og hvordan prioriteringsspørsmålet burde reguleres i lovgivningen, de lege ferenda.

Bestemmelsen pbrl § 2-1b andre ledd regulerer «inngangsporten» til spesialisthelsetjenesten, og hvilke kriterier som skal ligge til grunn for at en pasient skal få spesialisert helsehjelp. Oppgaven avgrenses mot rettigheter som pasienten får etter at han/hun har oppnådd pasientstatus. Det sentrale spørsmålet som vil bli omhandlet her er innholdet i hva som anses som «nødvendig» helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd, og dermed styrken i retten til å få spesialisert helsehjelp.

Helseretten er tuftet på grunnleggende velferdsrettslige verdier. Sentrale blant disse er menneskeverd, likebehandling, selvbestemmelse og rettssikkerhet.³¹ I kapittel 3 som presenterer de verdier og krav som ligger til grunn for prioriteringskriteriene er selvbestemmelse som verdi utelatt. Dette da vurdering av hvem som har rett til spesialisert helsehjelp foretas av helsepersonell og i liten grad kan bestemmes av pasienten selv. Retten til selvbestemmelse og medbestemmelse er derimot viktige verdier når man har fått en rett til helsehjelp og hvilke behandling som videre gis. Dette følger både av kravet om samtykke til helsehjelpen i pasient- og brukerrettighetslovens kapittel 4 og retten til informasjon og medvirkning som er regulert kapittel 3.

³⁰ Kjønsstad & Syse (1992) s. 48

³¹ NOU (2014: 12) s. 18

Hvilke kriterier som etter gjeldende rett skal ligge til grunn når det prioriteres ved «inngangsporten» til spesialisthelsetjenesten har sitt utspring i Lønning II-utvalget. Norheim-utvalget foreslo nye kriterier for prioritering som møtte motstand i høringsinstansene.³² Det er videre ventet en ny Stortingsmelding, «Prioriteringsmelding 2016» i løpet av sommeren 2016 som vil følge opp innspillene fra Norheim-utvalget. Dette er med andre ord et område i stor bevegelse og der ytterligere lovendringer kan forventes. I denne oppgavens rettspolitiske del vil Norheim-utvalgets forslag til kriterier ikke bli diskutert, men derimot utvalgets bidrag til hvordan ressurs hensyn bør reguleres. Grunnen er at hovedfokuset i den rettspolitiske delen vil være hvordan lovgivningen kan synliggjøre og understøtte samfunnsperspektivet ved retten til spesialisert helsehjelp.

1.4 Framstillingens oppbygning

Framstillingen består av i alt fem kapitler. Henvisninger innen samme kapittel skjer ved referanse til punkt (punkt 2.1, 2.2 osv.). Her i kapittel 1 gis det en innledende presentasjon av temaet hvor formålet både er å gi en kort innsikt i temaet, dets aktualitet og samtidig sette temaet i en helserettslig sammenheng. I kapittel 2 gjøres det rede for den juridiske metoden som er anvendt ved den rettsdogmatiske analysen av pbrl § 2-1b andre ledd. Både hvilke rettskilder som er anvendt og hvilke utfordringer jeg har møtt. Samtidig gjøres det rede for fremgangsmåten ved analysen og grunnlaget for den. I kapittel 3 presenteres de grunnleggende verdier og krav som retten til spesialisert helsehjelp er tuftet på. Kapittel 4 er det mest omfattende kapittelet og tar for seg sentrale rettsdogmatiske spørsmål. I fremstillingens siste kapittel, kapittel 5, foretas en rettspolitisk drøftelse av hvordan lovgivningen burde være for å sikre balansen mellom individ og felleskap. Avslutningsvis i punkt 5.5 plasseres jusen som rettslig og politisk virkemiddel inn i en større samfunnsmessig sammenheng.

³² Helse- og omsorgsdepartementet (2015b) s. 7

2 Metode

2.1 Innledning

Rettskildene i helseretten er i prinsippet de samme som i andre deler av rettssystemet. Det eksisterer ikke en objektiv riktig metodelære, men en tradisjon som jurister pleier å bygge sine standpunkter på. Den angir hvor stor vekt som tillegges de forskjellige typer rettskildefaktorer.³³ En rettskildefaktor er videre en kilde som rettsanvenderen bruker for å ta stilling til innholdet i gjeldende rett. For å kunne være rettskildefaktor må den oppfylle visse vilkår etter vårt autoriserings- eller legitimeringssystem. Dette betyr at den normative faktoren må ha autorativ kraft og legitimitet som rettsregel, eller som del av eller bidrag til en rettsregel. Rettskildefaktorene er med andre ord faktorer som etter sin art kan løse eller gi bidrag til løsning av et rettsspørsmål.³⁴ Eckhoff stiller opp en liste på syv typer rettskildefaktorer. Dette er lov, lovforarbeider, rettspraksis, andre myndigheters praksis, privates praksis, rettsoppfatninger og reelle hensyn. Eckhoffs liste kan likevel ikke i dag anses uttømmende da relevante rettskildefaktorer som folkerett og EØS rett ikke er med.³⁵ Alt i alt er siktemålet med rettsanvendelsen å komme frem til den rettsregel eller den konkrete løsningen som rettskildemessig har mest for seg. Dett innenfor rammene for de rettskildefaktorene som er relevante for løsning av det aktuelle rettsspørsmålet.³⁶

Det er rettskildeprinsippene som angir retningslinjene for hvordan man som rettsanvender skal resonnerer om rettsspørsmål. Dette innebærer for det første hvilke rettskilder som er relevante, relevansspørsmålet. For det andre gjelder det spørsmålet om hvordan de ulike rettskildene skal tolkes og hva som kan trekkes ut av kildene, slutningsspørsmålet. Det tredje rettskildeprinsippet blir gjerne kalt vekt- eller harmoniseringsprinsippet. De ulike rettskildefaktorene har ulik vekt i seg selv og seg imellom. Dette prinsippet gir anvisning på en

³³ Kjønstad (2007) s. 54

³⁴ Nygaard (2004) s. 34

³⁵ Nygaard (2004) s. 30

³⁶ Nygaard (2004) s. 51

innbyrdes prioritering og veiing mellom rettskildefaktorene som kan gi løsning på rettsspørsmålet.³⁷

Det vil i det følgende gjøres rede for de relevante rettskildefaktorene som er brukt i denne fremstillingen. I tillegg vil det redegjøres for hva som kan trekkes ut av rettskildene og deres ulike vekt for å komme frem til innholdet i retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1 b andre ledd. Videre vil det gjøres rede for hva som særpreger rettskildebildet i denne oppgaven og de metodiske utfordringene jeg har møtt for å drøfte de rettsspørsmål som oppgaven reiser.

2.2 Pasient- og brukerrettighetsloven

Lovgivning er i praksis den viktigste og mest relevante rettskildefaktoren i velferdsretten. Den har stor autorativ kraft og pbrl § 2-1b andre ledd danner i denne analysen det primære rettslige grunnlaget for tolkningen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. De andre rettskildefaktorene som nevnes nedenfor blir ansett som bidrag eller støtte til løsning for å utlede innholdet i lovregelen.³⁸

Ved enhver lovtolkning er utgangspunktet en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Etter § 2-1b andre ledd foreligger det en rett til «nødvendig helsehjelp». Loven utdyper ikke nærmere innholdet i «nødvendig» og bestemmelsen blir stående igjen som en rettslig standard. En rettslig standard gir anvisning på en skjønnsmessig bedømmelse og loven i seg selv inneholder ikke de normene som skal etterleves. Standardene er likevel ikke rene skjønnregler som stiller rettsanvenderen helt fritt, men gir han/henne anvisning på en målestokk og til andre normer for adferd som ligger utenfor loven selv.³⁹ Det er derfor vanskelig å trekke en presis slutning ut av en generell ordlyd som «nødvendig helsehjelp». Lovteksten tillegges stor vekt i forhold til de andre rettskildefaktorene, men det er spesielt i tilfeller som dette med en upresis og vag ordlyd et stort behov for ytterligere rettskildefaktorer for å utpensle innholdet i rettigheten.

³⁷ Knoph, Lilleholt, & Andenæs (2009) s. 5, Nygaard (2004) s. 34 og 35

³⁸ Kjønstad & Syse (2012) s. 93, Nygaard (2004) s. 29

³⁹ Kjønstad (2007) s. 226 og 227, Knoph et al. (2009) s. 640

Reglene i velferdsretten bygger i hovedsak på nasjonale kilder, men særlig to sett av internasjonale kilder har blitt stadig viktigere. Dette er menneskerettighetene og EU/EØS retten.⁴⁰ Disse reglene er svært viktige da de, som vi vil se, har trinnhøyde mellom Grunnlov og intern norsk rett. EU/EØS rettens påvirkning på helseretten vil ikke bli tatt med i denne fremstillingen da det ikke anses som en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd.

2.3 Menneskerettsloven

Menneskerettighetene har styrket sin posisjon i norsk rett både ved vedtakelsen av menneskerettighetsloven hvor fem sentrale konvensjoner er gjort til norsk rett, og etter revideringen av Grunnlov med eget kapittel E «Menneskerettigheter».⁴¹ Det følger av Grl § 92 at «statens myndighet skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.» Det følger videre av menneskerettighetsloven §3 at «bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.» En av konvensjonene som er inkorporert er De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK).⁴²

Etter ØSK artikkel 12 første ledd følger det at «konvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk.» Denne bestemmelsen er en relevant rettskildefaktor ved tolkning av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd. Som trinnhøyde foran annen norsk lov vil den også tillegges stor vekt ved tolkningen. ØSK artikkel 12 er likevel en vag bestemmelse med uklart rettslig innhold. Det kan etter ordlyden i artikkel 12 se ut som om bestemmelsen innebærer at staten pålegges å sette inn alle ressursene på helsetjenesten. Bestemmelsen må likevel tolkes i lys av ØSK

⁴⁰ Kjønsstad & Syse (2012) s. 87

⁴¹ Grunnloven (1814), Menneskerettighetsloven (1999)

⁴² ØSK (1966)

artikkel 2 nr.1 hvor det fremgår at rettigheten skal realiseres over tid, og er avhengig av statens økonomiske situasjon. Dette medfører at statene har en stor skjønnsmargin, og at det innenfor visse rammer er overlatt til statene selv å prioritere hvordan ressursene skal brukes.⁴³

General Comments no. 14 beskriver statens forpliktelser etter ØSK artikkel 12 første ledd gjennom AAAQ – kravene om «availability», «accessibility», «acceptability» og «quality».⁴⁴ Disse kravene setter rammene for statens skjønnsmargin ved at helsetjenesten må finnes i tilstrekkelig omfang innen staten (availability). Tjenesten må også være tilgjengelige for alle (accessibility) og være medisinsk og kulturelt akseptabel (acceptability). Til slutt stilles det et krav om at helsetjenesten må være av tilstrekkelig kvalitet (quality).⁴⁵ Også disse kravene gir stort rom for faglig skjønn og politisk styring. ØSK artikkel 12 første ledd er med andre ord ikke en rettskildefaktor som i stor grad utpensler styrken i pbrl § 2-1b andre ledd. Det skal ved tolkningen av pbrl § 2-1b andre ledd foretas en forsvarlig avveining mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser noen som åpenbart er i samsvar med ØSK artikkel 12 første ledd. Bestemmelsen kan i denne sammenheng anses å gi lite bidrag til utpensling av rettighetens innhold.

2.4 Lovforarbeider

I norsk rettstradisjon har det vært vanlig å tillegge lovforarbeidene stor rettskildemessig vekt. Vekten må likevel nyanseres både etter hvor grundige forarbeidene er og hvor gamle de er. I denne oppgaven benyttes i hovedsak forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven. Både forarbeidene fra dannelsen av pasientrettighetsloven i 1999 og påfølgende forarbeider til ulike endringer er blitt brukt.⁴⁶ Hovedvekten er likevel lagt på forarbeidene til någjeldende pasient- og brukerrettighetslov. I Prop. 118 L (2012-2013) utleder lovgiver hvordan endringene skal forstås, og gir derved bidrag til

⁴³ Høstmølingen (2012) s. 310

⁴⁴ General Comment no. 14 (2000), punkt 12

⁴⁵ General Comment no. 14 (2000), punkt 12

⁴⁶ Ved vedtakelse 2. juni 1999 var lovens tittel pasientrettighetsloven. 1. januar 2012 ble lovens tittel endret til gjeldende tittel, pasient- og brukerrettighetsloven.

utpenslingen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.⁴⁷ Dette er nye forarbeider som taler for at de bør tillegges betydelig vekt. Videre er nyere velferdslover grundigere forberedt enn eldre velferdslovgivning.⁴⁸ Dette taler også for at forarbeidene som er benyttet som tolkningsfaktorer i denne oppgaven bør tillegges betydelig vekt ved utpenslingen av innholdet i pbrl § 2-1 b andre ledd.

2.5 Prioriteringsforskriften

Helselovgivningen er i stor utstrekning en fullmaktslovgivning. Dette innebærer at et departement eller et direktorat har fått delegert myndighet. De forskrifter som disse organene utgir er en praktisk viktig og stor del av det velferdsrettslige regelstoffet. Forskriftene er like bindende som loven selv.⁴⁹ Dette innebærer at en forskrift som rettskildefaktor har stor autorativ kraft. Det følger av pbrl § 2-1b sjette ledd at «Kongen kan gi forskrifter med nærmere bestemmelser om hva som skal anses som helsehjelp som pasienten kan ha rett på». Prioriteringsforskriften ble fastsatt 1. desember 2000.

Det fremgår av forskriften § 2 hvilke vilkår som må være oppfylt for å ha rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Bestemmelsen i forskriftens § 2a angir hvordan pasienter med rett til helsehjelp skal prioriteres når det settes en tidsfrist for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp. Det er dermed forskriften som i realiteten bestemmer det nærmere innholdet i retten til spesialisert helsehjelp. Dette ved å sette rammene for den skjønnsmessige innholdet i «nødvendig» etter pbrl § 2-1b andre ledd.⁵⁰ Prioriteringsforskriften er derfor en tungtveiende rettskildefaktor. Den har stor betydning ved presiseringen av innholdet i den rettslige standarden «nødvendig helsehjelp».

⁴⁷ Prop. 118 L (2012-2013)

⁴⁸ Kjønsstad & Syse (2012) s. 95

⁴⁹ Kjønsstad & Syse (2012) s. 96 og 97

⁵⁰ Syse (2015) s. 201

2.6 Forarbeid til forskrift

Selv om prioriteringsforskriften presiserer innholdet i retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, er det også i forskriftens ordlyd stort rom for skjønn. Det er i teorien noe uklart hvilken vekt forarbeider til forskrift skal tillegges. Dette skyldes at de først og fremst er lite tilgjengelige. Lovdata har ikke publisert forarbeidene til den reviderte prioriteringsforskriften som trådte i kraft 1. november 2015. Det har derfor vært en utfordring å finne dem. Gjennom kontakt med Helse- og omsorgsdepartementet ble likevel høringsutkastet tilsendt. Kjønsstad og Syse legger til grunn at «høringsutkast, statsrådsforedrag og andre ferdig utformede skrifter bør tillegges rettskildemessig verdi.»⁵¹ Dette er jeg enig i så sant kildene danner grunnlag for en ensartet praksis. Denne oppgaven har derfor benyttet Høringsnotatet for endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og implementering av pasientrettighetsdirektivet som relevant rettskildefaktor.⁵²

2.7 Prioriteringsveiledere

Offentlige organer som administrerer velferdsordningene avgir ofte uttalelse om hvordan loven skal eller bør tolkes. Disse administrative uttalelsene kan være både rundskriv og veiledere hvor de som utarbeider teksten bygger på aktuelle rettskilder for å være i samsvar med gjeldende rett. En del av reglene som er å finne i disse uttalelsene er kodifisering av forvaltningspraksis og må tillegges vekt som administrativ praksis. Det kan derfor være brudd på det forvaltningsrettslige likhetsprinsippet dersom disse uttalelsene ikke følges i en konkret sak.⁵³ I Fusadommen, Rt. 1990 s. 874, la Høyesterett stor vekt på uttalelser i et rundskriv som gav uttrykk for en fast og langvarig praksis ved klageorganene.⁵⁴ Dette er også et moment som taler for at de administrerende uttalelsene har relevans og bør tillegges vekt ved lovtolkningen.

⁵¹ Kjønsstad & Syse (2012) s. 97

⁵² Helse- og omsorgsdepartementet (2015a)

⁵³ Kjønsstad & Syse (2012) s. 103

⁵⁴ Rt. 1990 s. 874 på s. 887

En særlig metodisk utfordring som denne oppgaven reiser er den rettskildemessige relevansen og vekten til prioriteringsveilederne utarbeidet av Helsedirektoratet. Prioriteringsveilederne tar sikte på å være et sentralt styringsdokument for spesialisthelsetjenestens faglige vurderinger. Veilederne er utarbeidet i felleskap mellom fagpersoner for de ulike medisinske fagområder, sykehuseiere og sentrale helsemyndigheter. De skal være et praktisk hjelpemiddel når helsepersonell skal ta stilling til om en pasient som er henvist har rett til nødvendig helsehjelp, og hvilken tidsfrist som skal settes for start av helsehjelpen. Veiledernes formål er å bidra til likebehandling av pasienter uavhengig av fagområde, hvor i landet pasientene bor og hvilket sykehus de henvises til. Målet er med andre ord at helsepersonellet som behandler henvisningene skal ha felles forståelse av pasient- og brukerrettighetsloven og prioriteringsforskriften.⁵⁵

Etter lovendringen 1. november 2015 ble også alle prioriteringsveilederne revidert for å samsvare med gjeldende rett i lov og forskrift. Det er utarbeidet totalt 33 veiledere og 75-80 % av henvisningene skal falle innenfor de fagområdene som omfattes. Pasienter med andre og sjeldnere tilstander skal vurderes ut fra prioriteringsforskriften. Det vil si ved en analogisering ut fra tilstander som er i veilederne. Det innebærer ikke at pasientgrupper som ikke er nevnt har lavere prioritet, men disse er sjeldnere og har derfor ikke fått utarbeidet en egen veileder. De sjeldnere tilfellene skal vurderes konkret etter vilkårene i pbrl § 2-1b andre ledd og prioriteringsforskriften §§ 2 og 2a.⁵⁶

Det eksisterer, etter revisjonen av prioriteringsveilederne, en overordnet felles prioriteringsveileder for alle fagområdene. «Aktuell informasjon om lov og forskrift for prioriteringsveilederne» inneholder generell informasjon og forklarer hvordan pasient- og brukerrettighetsloven og prioriteringsforskriften skal brukes i praksis.⁵⁷ De ytterligere prioriteringsveilederne, som representerer 32 forskjellige fagområder, inneholder en fagspesifikk innledning for fagområdet etterfulgt av en liste over tilstander med veiledende rettighet og frist for oppstart av helsehjelpen. For hver tilstand er det også en oversikt over individuelle forhold. Disse skal vurderes før det blir bestemt om

⁵⁵ Helsedirektoratet (2015a), s. 2, Syse (2015), s. 209

⁵⁶ Syse (2015), s. 209

⁵⁷ Helsedirektoratet (2015a) s. 7

det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp, og fristen for seneste oppstart av helsehjelpen for den enkelte pasient.⁵⁸

Dette reiser videre spørsmål om prioriteringsveiledernes rettskildemessige verdi. I 2012 ble det foretatt en lovendring i spesialisthelsetjenesteloven ved tilføyning av shl § 7-3 første ledd. Det fremgår av denne bestemmelsen at Helsedirektoratet er gitt normeringsmyndighet som styrker prioriteringsveiledernes normative kraft. Etter shl § 7-3 første ledd følger det at «helsedirektoratet skal utvikle, formidle og vedlikeholde nasjonale faglige retningslinjer og veiledere som understøtter de mål som er satt for helse- og omsorgstjenesten». Dette taler for at den rettslige statusen til veilederne er at den er en relevant rettskilde. Som utgangspunkt forventes det at den individuelle vurderingen av pasienters rettighetsstatus og behandlingsfrist er i henhold til prioriteringsveilederen dersom ikke særlige individuelle forhold på pasientens side tilsier en annen vurdering. Dette vil da normalt kreve en særlig begrunnelse for hvorfor veilederne fravikes. På denne måten oppnår helsemyndighetene formålet med prioriteringsveilederne som er størst mulig likebehandling av enkeltpasienter og mellom pasientgrupper.⁵⁹

Også i klagerunden til Fylkesmannen etter pbrl § 7-2 første ledd vil prioriteringsveiledernes status som retningslinjer måtte tillegges vekt når Fylkesmannen skal overprøve spesialisthelsetjenestens primære vurdering. Fylkesmannen vil måtte forholde seg til prioriteringsveilederen og overprøve beslutningen dersom det ikke foreligger en faglig forsvarlig begrunnelse for hvorfor den aktuelle veilederen ikke er fulgt. Det vil være i strid med det forvaltningsrettslige likhetsprinsippet dersom prioriteringsveilederen blir fraveket når den ellers legges til grunn i liknende tilfeller. Både ved primærvurderingen i spesialisthelsetjenesten, i en eventuell klagesak hos Fylkesmannen og ved domstolsprøving vil dermed prioriteringsveilederne være en relevant rettskilde for en korrekt forståelse av lov og forskrift.⁶⁰

Denne oppgaven legger derfor til grunn at prioriteringsveilederne er relevante rettskildefaktorer ved tolkningen av innholdet i retten til «nødvendig

⁵⁸ Helsedirektoratet (2015a) s. 7

⁵⁹ Helse- og omsorgsdepartementet (2015b) s. 58, Syse (2015), s. 211 og 280

⁶⁰ Syse (2015) 2 211 og 280, Helse- og omsorgsdepartementet (2015b) s. 58

helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten» etter pbrl § 2-1b andre ledd. Det neste spørsmålet blir hvilken rettskildemessig vekt veilederne skal tillegges. Som konsensusdokument gir de uttrykk for en praksis i det medisinske fagmiljøet for hva som anses som nødvendig helsehjelp innenfor de ulike fagområdene. Veilederne er utarbeidet av fagfolk med særlig kompetanse på feltet. De kan derfor anses som uttrykk for forvaltningspraksis som taler for at veilederne tillegges vekt.

Det vil videre være viktig hvor utbredt, konsekvent og langvarig praksisen er.⁶¹ Dersom prioriteringsveilederne blir konsekvent og utbredt brukt i fagmiljøene ved vurderingen av om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, taler dette for en større vekt enn dersom veilederne sporadisk blir brukt. Denne fremstillingen legger til grunn at helseforetakene benytter seg av veilederne ved vurdering av henvisningene til spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-2. Veiledernes autorative grunnlag og legitimitet er også styrket gjennom tilføyingen av shl § 7-3 første ledd, som taler for at veilederne skal tillegges vekt ved tolkningen av pbrl § 2-1 b andre ledd. Dette, sammen med det forvaltningsrettslige likhetsprinsippet, taler derfor for at prioriteringsveilederne er en relevant rettskilde som etter omstendighetene vil kunne få en betydelig rettskildemessig vekt. Prioriteringsveilederne vil i denne fremstillingen bli brukt som en rettskildefaktor ved utpenslingen av innholdet i retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

I denne oppgaven har jeg valgt to sykdomstilstander fra to forskjellige prioriteringsveiledere for å illustrere samspillet mellom veilederne og de mer tradisjonelle rettskildene. Formålet er å illustrere hvordan veilederne som rettskilde utpensler innholdet i ordlyden «nødvendig» i pbrl § 2-1b andre ledd. Hvor utfyllende veilederne er varierer, og dette har også betydning for vekten av veilederne som rettskilde. Derfor har jeg valgt å ta med to ulike sykdomstilstander fra to ulike prioriteringsveiledere med ulikt detaljnivå. For det første brukes «Prioriteringsveileder – geriatri». Denne veilederen inneholder tre sykdomstilstander hvor jeg har valgt tilstanden i punkt 2.2 «Falltendens og gangvansker».⁶² Denne tilstanden er valgt da fall er den

⁶¹ Kjønstad & Syse (2012) s. 102

⁶² Helsedirektoratet (2015b) s. 6

vanligste typen ulykker blant eldre og resulterer i 9000 hoftebrudd i året. Fall og bruddulykker har derfor store konsekvenser for den enkelte og for samfunnet som helhet.⁶³ Veilederen er likevel ikke særlig utfyllende i sin form når det gjelder denne tilstanden. Den andre prioriteringsveilederen som benyttes er «Prioriteringsveileder - habilitering av barn og unge i spesialisthelsetjenesten». Denne veilederen inneholder en liste over ti sykdomstilstander hvor tilstanden i punkt 2.2 «Forsinket utvikling/forsinkelse i kognitiv funksjon» er valgt.⁶⁴ Denne tilstanden er valgt da veilederen er mer detaljert utformet enn veilederen for tilstanden «Falltendens og gangvansker».

2.8 Rettspraksis

Rettspraksis, og da særlig høyesterettspraksis, tillegges stor vekt når innholdet i gjeldende rett skal fastslås. Grunnloven § 88 første ledd gir Høyesterett autoritet til å dømme i siste instans. Rettsavgjørelser fra Høyesterett som tar standpunkt til innholdet i gjeldende rett har dermed betydning utover den konkrete saken.⁶⁵ Dette medfører at når Høyesterett har tatt standpunkt til et rettsspørsmål vil det i senere saker om samme spørsmål normalt bli inntatt samme standpunkt. Rekkevidden til rettsavgjørelser fra Høyesterett kan likevel variere med hvordan domsresultatet er begrunnet. Dersom begrunnelsen er knyttet til spesielle forhold i den konkrete saken vil rekkevidden være begrenset, men dersom begrunnelsen er mer prinsipiell vil rekkevidden normalt være mer omfattende.⁶⁶

Når det gjelder tolkningen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten foreligger det ikke høyesterettsavgjørelser som presiserer innholdet verken i lovgivningen frem til lovendringen 1. november 2015 eller någjeldende lovgivning. Det er likevel en viktig dom som er relevant for vårt tema. Fusadommen, Rt. 1990 s. 874 som gjaldt tolkningen av dagjeldende kommunehelsetjenestelov § 2-1. Spørsmålet gjaldt gyldigheten av en kommunes vedtak om å beskjære de hjemmebaserte ytelsene til en

⁶³ NOU (2014: 12) s. 201

⁶⁴ Helsedirektoratet (2015c) s. 9

⁶⁵ Grunnloven (1814), Andenæs (2009) s. 81

⁶⁶ Andenæs (2009), s. 84

funksjonshemmet kvinne.⁶⁷ Fusadommen oppstilte et krav om en forsvarlig minstestandard som kommunen ikke kan gå under med henvisning til dårlig økonomi. Kravet til faglig forsvarlighet er senere blitt kodifisert i helselovgivningen, men denne dommen er viktig ved utpenslingen av innholdet i kravet. Kravet til faglig forsvarlighet er videre en viktig faktor ved tolkningen av innholdet i retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd. Fusadommen er derfor en relevant rettskilde med tung vekt også ved tolkningen av innholdet i pbrl § 2-1b andre ledd.

2.8.1 Andre organer med et visst domstolpreg

Fylkesmannen er etter pbrl § 7-2 første ledd klageinstans for vedtak etter lov om pasient- og brukerrettigheter. Praksis hos fylkesmennene er imidlertid varierende og det mangler en sentral klageinstans. Denne praksisen kan være en relevant rettskildefaktor, men tillegges tradisjonelt ikke stor vekt ved tolkningen av en lovbestemmelse.⁶⁸ Etter at endringene i pbrl § 2-1b andre ledd og tilhørende prioriteringsforskrift trådte i kraft 1. november 2015 foreligger det svært lite praksis hos Fylkesmennene. Både på grunn av Fylkesmennenes ulike praksis og på grunn av de nye lovendringene, vil det i denne oppgaven ikke bli brukt praksis fra fylkesmannen ved analysen av innholdet i retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

2.9 Juridisk teori

Rettslitteraturen formidler, systematiserer, forklarer og behandler rettskildefaktorene. Den gir bidrag til forståelse av det relevante rettskildestoffet og rettsområdet. Rettslitteraturen kan anses å ha en viktig oppgave ved formidling og videreføring av vår juridiske kulturarv og våre ulovfestede allmenne rettsprinsipper. Også rettsområdets verdigrunnlag som det gjeldende regelverket er tuftet på vil komme til uttrykk i den juridiske

⁶⁷ Lov 19. november 1982 om helsetjenesten i kommunene (kommunehelsetjenesteloven). Opphevet ved lov 24. juni 2011 om kommunale helse- og omsorgstjenester mm. (helse- og omsorgstjenesteloven).

⁶⁸ Kjønsstad & Syse (2012), s. 101

teorien.⁶⁹ På helserettsområdet foreligger det omfattende juridisk teori, og det er i denne fremstillingen benyttet litteratur fra anerkjente forfattere på helserettsområdet. Hovedvekten er lagt på litteratur skrevet av Asbjørn Kjønsstad og Aslak Syse. Litteraturen kan anses å ha noe rettskildemessig vekt ved utpenslingen av gjeldende rett, og er derfor her benyttet som veiledning og støtte ved tolkningen av retten til nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd.

2.10 Helserettens verdier og krav

Verdier og krav på helserettsområdet kan få en viss betydning ved tolkningen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Dette spesielt da pbrl § 2-1b andre ledd er en skjønnspreget bestemmelse. Formålet med denne oppgaven er å analysere innholdet i pbrl § 2-1b andre ledd, samt den verdiavveiningen som må foretas mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser. Dette er en vanskelig avveining som det er en utfordring for lovgiver å regulere. Det er også en utfordring å balansere disse hensynene for helsepersonell i sin praktiske hverdag når loven skal tolkes og anvendes i hvert konkrete tilfelle. Denne oppgaven har derfor i kapittel 3 gjort rede for grunnleggende verdier og krav som er aktuelle ved tolkningen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

I helselovgivningen er verdigrunnlaget kodifisert i egne formålsbestemmelser.⁷⁰ Det følger av forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven at «formålsbestemmelsen har verdi som rettskildefaktor, og har rettslig betydning som tolkningsmoment når innholdet i de enkelte bestemmelser skal bestemmes og anvendes i konkrete tilfeller.»⁷¹ Formålsbestemmelsen vil derfor kunne gi veiledning når skjønnnet skal utøves for hva som anses som «nødvendig helsehjelp» etter pbrl § 2-1 b andre ledd. Formålsbestemmelsen vil også ved valg av ulike tolkningsalternativer være med å legge vekt på det alternativet som best fremmer lovens formål. Kravet til faglig forsvarlighet er videre en bærebjelke på helserettsområdet. All

⁶⁹ Nygaard (2004), s. 269

⁷⁰ Kjønsstad & Syse (2012) s. 49

⁷¹ Ot.prp. nr. 12 (1998 - 1999) s. 125

helsehjelp som ytes skal være forsvarlig og følger av shl § 2-2, hpl § 4 og hol § 4-1. Dette kravet er derfor også en relevant rettskildefaktor med betydelig vekt da ingen helsehjelp kan være uforsvarlig.

2.11 Valg av modell for analyse av pbrl § 2-1b andre ledd

Nedenfor i kapittel 4 foretas den rettsdogmatiske analysen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, pbrl § 2-1b andre ledd. Kjønstads analysemodell for rettighetens styrke/svakhet vil da bli anvendt som metodisk verktøy.⁷²

Som nevnt i innledningen, blir rettighetene i velferdslovgivningen delt inn i svake og sterke rettigheter hvor det foreligger et skille mellom det å ha rettskrav på ytelser og det å konkurrere om begrensede ressurser. Det er ikke slik at en rettighet nødvendigvis er klart svak eller klart sterk, men kan befinne seg et sted fra klart svake til klart sterke rettigheter.⁷³ Hvor retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten i så måte befinner seg vil bli forsøkt klarlagt i denne oppgaven. Underkapitlene i kapitel 4 har derfor fått overskrift i samsvar med analysemodellen til Kjønstad. Denne modellen tar utgangspunkt i ulike forhold som fører til at en rettighet har et sterkere eller svakere rettsvern.⁷⁴ For det første vil det utledes hvem som er forpliktet og hvem som er berettiget i punkt 4.4 og 4.5. I punkt 4.6 vil det foretas en analyse av vilkåret «nødvendig», før det i punkt 4.7 utledes rettighetens art, omfang og kvalitet. I punkt 4.8 gjøres det rede for fristen for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp, og i punkt 4.9 hvor helsehjelpen skal ytes. Til slutt vil det i punkt 4.10 gjøres rede for rettssikkerhetsgarantiene som klage og domstolskontroll.

⁷² Kjønstad (1990) s. 17

⁷³ Kjønstad & Syse (2012) s. 107 og 108

⁷⁴ Kjønstad (1990) s. 18

2.12 Rettspolitisk drøftelse

Siste del av denne fremstillingen, kapittel 5, er viet til den rettspolitiske drøftelsen av oppgavens tema. Dette innebærer i denne sammenheng en drøftelse av hvordan retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten burde være regulert for å ivareta de verdiene rettigheten eksplisitt er tuftet på.⁷⁵

Retten til nødvendig helsehjelp, og de prioriteringsutfordringene samfunnet står ovenfor, er utfordrende å lovregulere. Det har, etter at lovendringene ble vedtatt i 2013, kommet forslag til ytterligere endringer.⁷⁶ Den rettspolitiske drøftelsen er derfor ment til å komme med innspill i en pågående debatt. Da pasient- og brukerrettighetsloven for en stor del blir lest og tolket av ikke-jurister, vil også dette være med å danne grunnlaget i den rettspolitiske drøftelsen.

⁷⁵ Tuseth & Winge (2014), s. 64

⁷⁶ Det siktes her til både NOU (2014:12) «Åpent og rettferdig – prioriteringer i helsetjenesten», og rapporten fra arbeidsgruppen nedsatt av Helse- og omsorgsdepartementet, «På ramme alvor. Alvorlighet og prioritering.»

3 Grunnleggende verdier og krav.

3.1 Innledning

Verdier er vurderinger av hva som er av det gode, og ligger til grunn for rettsreglene og tolkningen av disse.⁷⁷ Helselovgivningen inneholder formålsbestemmelser som gir uttrykk for de grunnleggende verdiene og krav som disse lovene bygger på. Av formålsbestemmelsen til pasient- og brukerrettighetsloven, § 1-1, fremgår det at:

«Lovens formål er å sikre befolkningen lik tilgang på tjenester av god kvalitet ved å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten.

Lovens bestemmelse skal bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient- og bruker og helse- og omsorgstjenesten, fremme sosial trygghet og ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd.»

Det fremgår også av alle de tre nasjonale utvalgene som har utarbeidet retningslinjer for prioritering i helsetjenesten at retten til nødvendig helsehjelp må være forankret i grunnleggende velferdsrettslige verdier.⁷⁸

Helsetjenestens verdigrunnlag er videre utførlig gjort rede for i Stortingsmelding nr. 26 (1999-2000) «Om verdier i den norske helsetjeneste» hvor det fremgår at ønskene og behovene til den enkelte i forhold til forsvarlig ressursbruk er et viktig tema.⁷⁹ Ved fordelingen av samfunnets ressurser må det foretas en verdiavveining mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser. Det kan da oppstå et dilemma hvor full respekt for en verdi kan undergrave en annen verdi. Utfordringen ligger i å finne en ideell balanse mellom dem.⁸⁰ Dette er et utfordrende arbeide som har medført at lovgiver har endret på reguleringen av retten til nødvendig

⁷⁷ St.meld. nr. 26 (1999-2000) s. 34

⁷⁸ NOU (1987: 23)a s. 5, NOU (1997: 18) s. 22, NOU (2014: 12) s. 25

⁷⁹ St.meld. nr. 26 (1999-2000), s. 3

⁸⁰ Aasen, Halvorsen, & Barbosa da Silva (2009), s. 57

helsehjelp flere ganger siden rettigheten trådte i kraft med pasientrettighetsloven i 1999. Arbeidet med å danne gode kriterier for helseprioriteringer gjennom Lønning I, Lønning II og Norheim - utvalget er også uttrykk for en pågående prosess for å finne så gode kriterier som mulig for å oppnå en ideell balanse mellom individ og samfunn.

Kravet til faglig forsvarlighet er videre en bærebjelke på helserettsområdet. Kravet kommer til uttrykk i flere bestemmelser i helselovgivningen og vil bli gjort rede for nedenfor. En redegjørelse av grunnleggende verdier og krav danner bakteppet for forståelsen av nødvendigheten, og utfordringene, med å regulere retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

3.2 Menneskeverdet

Vern om individets menneskeverd er en viktig grunnverdi i vårt samfunn og kjernen i retts- og velferdsstaten.⁸¹ Vernet kommer til uttrykk i formålsbestemmelsen til pasient- og brukerrettighetsloven hvor det fremgår at lovens bestemmelser skal ivareta respekten for menneskeverdet, jf. pbrl § 1-1 andre ledd. Ifølge vår humanistiske tradisjon er det menneskets objektive verdi som legges til grunn for menneskeverdbegrepet. Objektiv verdighet innebærer at alle mennesker har den samme verdi. Verdien verken øker eller minker med det enkelte menneskets utvikling, rase, alder, kjønn, spesielle evner og sivile eller sosial status. Det objektive menneskeverdet er også ugradert, betingelsesløst, ukrenkelig og umistelig. I kraft av å være et menneske er menneskeverdet tilstede. Ikke ut fra hva en har utført eller har fortjent.⁸² I motsetning til dette følger det av etisk teori et subjektivt menneskeverd som er det samme som den opplevde verdigheten, nemlig ens selvbilde og vurderinger av seg selv som person. Menneskets verdi kan også bli målt i «nytteverdi» som medfører en vurdering av verdi alt etter hvor nyttig personen er for samfunnet eller for menneskeslekten generelt.⁸³

⁸¹ Aasen & Kildal (2014), s. 196

⁸² Barbosa da Silva, Hugaas, Ljungquist, & Norheim (2006) s. 62 og 63, Aasen et al. (2009) s. 22, Jonassen & Barbosa da Silva (2015) s. 19, St.meld. nr. 26 (1999-2000) s. 29

⁸³ Jonassen & Barbosa da Silva (2015), s. 22 og 26

I juridisk teori er det det objektive menneskeverdet som legges til grunn. Det objektive menneskeverdet er også den essensielle verdien som blir opprettholdt gjennom alle menneskerettighetene. Verdien kommer ikke direkte til uttrykk i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, men følger uttrykkelig av fortalen til FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter. Her anerkjennes menneskets iboende verdighet og like, umistelige rettigheter til alle mennesker i menneskeslekten.⁸⁴ Det samme fremgår av fortalen til ØSK som erkjenner «den iboende verdighet hos alle mennesker i menneskeslekten og av deres like og umistelige rettigheter som er grunnlaget for frihet, rettferd og fred i verden».

Det er pasientens fundamentale behov det bør tas hensyn til når det objektive menneskeverdet skal ivaretas.⁸⁵ I den verdiavveiningen som foretas mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser finnes det derfor en minstestandard for hvilke grunnleggende rettigheter og behov et menneske skal få tilfredsstilt. Dette har også en side til kravet om faglig forsvarlighet da det ikke kan anses forsvarlig å yte helsehjelp som krenker menneskeverdet.

3.3 Likebehandling

Det objektive menneskeverdet ligger også til grunn for prinsippet om likebehandling.⁸⁶ Likebehandling innebærer at like tilfeller skal behandles likt og ulike tilfeller skal behandles ulikt.⁸⁷ I denne sammenheng betyr dette lik vurdering av henvisningen på om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, jf. pbrl § 2-2 første ledd jf. pbrl § 2-1b andre ledd. De tre kriteriene som fremgår av prioriteringsforskriften; nytte kostnadseffektivitet og alvorlighet- og hastegrad, skal danne grunnlaget ved rettighetsvurderingen og fristfastsettelsen. Gjennom disse kriteriene skal helsemyndighetene sikre likebehandling uansett hvilken helseregion eller

⁸⁴ EMK (1950) fortale, Forente Nasjoner (1948) fortale

⁸⁵ Jonassen & Barbosa da Silva (2015) s. 20

⁸⁶ Jonassen & Barbosa da Silva (2015) s. 47

⁸⁷ NOU (1997: 18) s. 113

helseforetak pasientene tilhører. Avvik fra dette innebærer et brudd på likebehandlingsprinsippet.⁸⁸

Det følger videre av formålsbestemmelsen i pbrl § 1-1 første ledd at befolkningen skal sikres «lik tilgang» til tjenester. Etter forarbeidene innebærer «lik tilgang» at befolkningen skal sikres helsehjelp uavhengig av bosted, økonomi, alder, kjønn, kulturell bakgrunn og sosial status.⁸⁹ Dette betyr at det ikke skal foretas usaklig forskjellsbehandling. I denne sammenheng kan «lik tilgang» også tolkes som tildeling av helsetjenester etter mest mulig ensartede kriterier. Gjennom likebehandling av henvisningene etter gitte kriterier vil det sikres «lik tilgang» til spesialisert helsehjelp.

Kriteriene som fremgår av prioriteringsforskriften blir ytterligere presisert i prioriteringsveilederne.⁹⁰ Gjennom prioriteringsforskrift og prioriteringsveiledere setter med andre ord helsemyndighetene rammer for det faglige skjønnets for å fremme likebehandling. Det er likevel viktig å poengtere at det går en grense for hvor langt lovgiver og helsemyndigheter kan gå i begrensningen av skønnsvurderingen. Nødvendigheten av skjønn begrunnes gjennom enkelttilfellenes egenart og målsettingen om individuelt tilpassede og faglig forsvarlige tjenester. Utøvelsen av skjønn vil alltid ha rom for variasjon.⁹¹ Utfordringen ved reguleringen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten ligger nettopp i å finne den ideelle balansen mellom hensynet til individets egenart og hensynet til likebehandling.

3.4 Rettssikkerhet

Rettsikkerhet som begrep er flertydig og brukes på ulike måter. Som regel siktes det til «beskyttelse mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, til mulighet for å forutberegne sin rettsstilling og til å kunne forsvare sine rettslige interesser».⁹² Kravet til forutberegnelighet forsøkes realisert ved at forvaltningen skal være bundet av regler når den treffer avgjørelser som

⁸⁸ NOU (1997: 18) s. 113

⁸⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998 - 1999) s. 125

⁹⁰ Helsedirektoratet (2015a) s. 7

⁹¹ Hanssen, Humerfelt, Kjellefald, Norheim, & Sommerseth (2015) s. 38

⁹² Eckhoff & Smith (2010) s. 58

gjelder enkeltpersoner samtidig om disse reglene ikke overlater for mye til forvaltningens skjønn. Hensynet til forutberegnelighet tilsier derfor at reglene bør presisere hvilke kriterier som må være oppfylt for at det skal foreligge en rettighet. Et annet moment er at reglene bør være enkle å finne frem til, forståelige og ikke gjenstand for hyppige endringer.⁹³ I denne sammenheng innebærer dette at innbyggerne skal kunne forutberegne om det foreligger en rett til spesialisert helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd. Hensynet til forutberegnelighet tilsier da at bestemmelsen ikke bør gi svært stort skjønnssrom ved den helserettslige vurderingen.

Kjønstad og Syse beskriver to hovedbetydninger av ordet rettssikkerhet.⁹⁴ Begrepet brukes om de formelle krav til rettsriktige avgjørelser og om de materielle krav til rettsordenens innhold. Formelle krav til rettsriktige avgjørelser oppnås blant annet gjennom prosessuelle saksbehandlingsregler. Disse reglene er et virkemiddel for å beskytte mot vilkårlighet og overgrep fra forvaltningens side. De prosessuelle saksbehandlingsreglene er i stor utstrekning ivaretatt i forvaltningsloven og gjelder for helsetjenesten så lenge det ikke er gjort unntak.⁹⁵

Pasient- og brukerrettighetsloven gjør unntak for forvaltningslovens kapittel IV og V om saksforberedelsene ved enkeltvedtak og om selve vedtaket, jf. pbrl § 2-7. Avgjørelsen av om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, jf. fvl § 2 første ledd bokstav b. Likevel blir avgjørelsene truffet av helsepersonell i løsere former enn reglene for enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Dette for at helsepersonellens oppmerksomhet skal være rettet mot det helsefaglige snarere enn det juridiske. Pasient- og brukerrettighetsloven inneholder imidlertid noen viktige bestemmelser som skal sørge for at pasientens rettssikkerhet ivaretas gjennom reglene om klage i kapittel 7.

Det materielle kravet til innholdet i avgjørelsen stiller krav til lovgivningen og rettsordenen om at borgerne skal ha visse grunnleggende rettigheter med en viss materiell kvalitet. Slike krav til rettsordenen kan bygge på forskjellig

⁹³ Eckhoff & Smith (2010) s. 60, Hanssen et al. (2015) s. 54

⁹⁴ Kjønstad & Syse (2012) s. 113

⁹⁵ Forvaltningsloven (1967), Ohnstad (2011) s. 30

grunnlag som Grunnloven, internasjonale menneskerettigheter og helselovgivningens rettighetsbestemmelser. Dette materielle kravet til innholdet i avgjørelsen medfører at det stilles krav om en kvalitativ minstestandard.⁹⁶ På det helserettslige feltet er det kravet til forsvarlighet og minstestandarden som utgjør den materielle rettssikkerhetsgarantien. Det stilles krav til forsvarlig helsehjelp både til helsevirksomhetene og helsepersonellet. Grensen trekkes til det uforsvarlige.

3.5 Faglig forsvarlighet

3.5.1 Forsvarlighetskravet som rettslig standard

Det er et grunnleggende prinsipp at det er hensynet til faglig forsvarlighet som skal legges til grunn for behandling og prioritering mellom pasienter.⁹⁷ Kjernen i forsvarlighetskravet er at helsehjelpen som gis skal være god, og normen er god praksis. Grensen mot det uforsvarlige trekkes ved klare avvik fra det som regnes som god/forsvarlig praksis i fagmiljøet. Hva som er forsvarlig helsehjelp til enhver tid beror videre på en konkret vurdering i den enkelte situasjonen. Det er ikke en statisk størrelse. Kravet endrer seg ut fra forskning og erfaring som gir ny innsikt og kunnskap. Noe som var forsvarlig for noen år siden kan bli regnet som uforsvarlig i dag. Dette gir begrepet «forsvarlig» preg av å være en rettslig standard. Begrepet «forsvarlig» som rettslig standard fremgår både av forarbeidene til helsepersonelloven og i enstemmig juridisk litteratur.⁹⁸

På helserettsområdet blir det derfor viktig hva en helsefaglig vurdering tilsier at er forsvarlig ut fra det som til enhver tid anses som riktig helsehjelp i det medisinske fagmiljøet. Kravet til faglig forsvarlighet stilles både til virksomhetene som yter tjenestene og til helsepersonellens yrkesutøvelse. En handling fra et helsepersonell eller en virksomhet er i utgangspunktet enten forsvarlig eller uforsvarlig. Domstolene og tilsynsmyndighetene opererer med

⁹⁶ Kjønsstad & Syse (2012) s. 114 og Ohnstad (2011) s. 37

⁹⁷ Prop. 118 L (2012-2013) s. 50

⁹⁸ Molven (2012), s. 226, 227 og 231, Kjønsstad (2007), s. 226, Ot.prp. nr. 13 (1998-1999), s. 34

et enten - eller skille, og rettslig finnes det ikke en mellomting. Forsvarlighetskravet er derfor juridisk i utgangspunktet å forstå som en minstestandard for krav til faglig arbeid. Dersom minstestandarden er fraveket er det handlet uforsvarlig.⁹⁹

3.5.2 Forsvarlighetskravet som minstestandard

Fusadommen, Rt 1990 s. 874, er en sentral og prinsipielt viktig dom ved tolkningen av kravet til faglig forsvarlighet. Saken gjaldt tolkningen av dagjeldende kommunehelsetjenestelov § 2-1 hvor det fulgte at enhver som oppholder seg i kommunen har rett til nødvendig helsehjelp. En sterkt funksjonshemmet kvinne hadde fått redusert hjemmehjelp og hjemmesykepleie. Førstvoterende, dommer Holmøy, uttalte at «vedtaket innebar en vesentlig reduksjon i de ytelser som Kari Auestad tidligere hadde hatt, og at det åpenbart ikke tilfredstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie. Et slikt vedtak kan etter min mening ikke forsvares ut fra hensynet til kommunens økonomi.»¹⁰⁰ Dommen oppstiller et krav om en forsvarlig minstestandard som kommunene ikke kan gå under med henvisning til dårlig økonomi.

Denne dommen har betydning også i dag ved at den kan tas til inntekt for at det gjelder et krav om en minstestandard ved tolkningen av «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd. Dette da de samme hensyn gjør seg gjeldende for spesialisthelsetjenesten som for kommunehelsetjenesten. På grunn av begrensede ressurser må både kommunen og spesialisthelsetjenesten ved tolkningen av «nødvendig» etter pbrl § 2-1a andre ledd og pbrl § 2-1b andre ledd gjøre en vurdering av behovet til den enkelte som må veies opp mot felleskapets behov, men ikke under minstestandarden. Helsehjelpen blir da ansett som uforsvarlig. Dette samsvarer også med det materielle kravet til rettssikkerhet og det objektive menneskeverdet. I lys av disse verdiene kan verken kommune eller spesialisthelsetjenesten prioritere bort helsehjelp under henvisning til dårlig økonomi.

⁹⁹ Ot.prop. nr 13 (1998-1999), s. 37, Molven (2012), s. 226 og 227

¹⁰⁰ Rt. 1990 s. 874 på s. 888

3.5.3 Plikten til forsvarlig virksomhet og yrkesutøvelse

Kravet til forsvarlighet gjelder både for helsevirksomhetene og yrkesutøverne. Dette fremgår både av shl § 2-2, hpl § 4 og hol § 4-1, som alle er pliktbestemmelser. Etter shl § 2-2 fremgår det at helsetjenester som tilbys av spesialisthelsetjenesten skal være forsvarlige. Dette stiller krav til at innholdet i helsetjenestene kvalitetsmessig må holde en minstestandard, hvor kjernen er at spesialisthelsetjenesten skal tilby tjeneste av god standard. Kravene til sykehusene vil være forskjellige alt etter type sykehus. Det stilles for eksempel høyere krav til et universitetssykehus enn et lokalsykehus på enkelte områder.¹⁰¹ Det følger videre av shl § 2-2 at «spesialisthelsetjenesten skal tilrettelegge sine tjenester slik at personer som utfører tjenestene, blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter.» Det samme fremgår av helse- og omsorgstjenesteloven som regulerer tjenester som ytes av kommunen eller av private med avtale med kommunen jf. hol § 1-2 første ledd. Etter hol § 4-1 første ledd er det fire sider ved forsvarlighetskravet: bokstav a som gjelder den faglige tekniske siden av kravet, bokstav b som gjelder omsorgssiden, mens bokstav c og d gjelder de organisatoriske sidene.

Helsepersonellets lovpålagte plikter fremgår videre av hpl § 4. Det følger av første ledd at «helsepersonell skal utføre sitt arbeide i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig.» Etter forarbeidene siktes det både til formelle og reelle kvalifikasjoner. Dette innebærer både helsefaglig utdanning og erfaring. Videre må forventningene knyttes til de krav som stilles til ulike profesjonene. Det stilles eksempelvis ulike forventninger til faglig forsvarlighet hos en sykepleier og hos en lege. Ut ifra helsearbeiderens kvalifikasjoner vil aktsomhetsnormen variere etter den konkrete individuelle situasjonen. «Hvordan helsepersonellet burde ha opptrådt i den konkrete situasjonen på bakgrunn av egne kvalifikasjoner står sentralt, ikke hvordan helsepersonellet burde opptrådt i en ideell situasjon.»¹⁰²

¹⁰¹ Molven (2012), s. 239

¹⁰² Ot.prp. nr. 13 (1998-1999), s. 216

3.5.4 Retten til forsvarlig helsehjelp

Pasientens rett til forsvarlig helsehjelp fremgår ikke direkte av ordlyden i pasient- og brukerrettighetsloven. Det følger likevel av formålsbestemmelsen i pbrl § 1-1 at loven skal sikre tilgang til tjenester av «god kvalitet». Etter forarbeidene gjelder dette både innhold og tidspunkt for tjenesten. Det følger videre at «kravet om god kvalitet må ses i lys av kravet til forsvarlighet i tjenesten og for helsepersonellet.»¹⁰³ Formålsbestemmelsen er videre en viktig rettskildefaktor ved tolkningen av bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven. Dette innebærer at retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten skal tolkes i lys av kravet til faglig forsvarlighet både når det gjelder om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp, hvilken hjelp som skal ytes, og hvilken tidsfrist som skal settes når det prioriteres mellom rettighetspasientene.

Når det gjelder fristen for når hjelpen skal ytes følger det direkte av ordlyden i pbrl § 2-1b andre ledd at «fristen skal settes i samsvar med det faglig forsvarlighet krever.» Det følger videre av prioriteringsforskriften § 2a at det skal prioriteres mellom pasientene med rett til nødvendig helsehjelp når fristen fastsettes. Dette vil jeg gjøre grundig rede for i punkt 4.6 nedenfor.

3.5.5 Forsvarlighet og ressursbruk

Kravet til faglig forsvarlighet stiller et krav til ressursbruken. Prinsipielt og rettslig er forsvarlighetskravet overordnet økonomien i kommune og spesialisthelsetjeneste. Dette betyr at det er budsjettene og tildeling av ressurser som må innrettes etter forsvarlighetskravet og ikke omvendt.¹⁰⁴ Likevel er det ikke et krav om at man skal gjøre alt som er mulig for den enkelte pasienten ved for eksempel å ta alle tilgjengelige ressurser i bruk. Det fremgår av forarbeidene til helsepersonelloven at «et slikt krav ville blant annet lett kunne gå på bekostning av andre pasienter, og under enhver omstendighet representere en ressursløsning.»¹⁰⁵ Dette medfører at det fra spesialisthelsetjenestens side både skal ytes nødvendig helsehjelp som er

¹⁰³ Ot.prp. nr. 12 (1998 - 1999), s. 125

¹⁰⁴ Molven (2012), s. 247

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999), s. 37

forsvarlig og innenfor minstestandarden samtidig som ressursene skal forvaltes og prioriteres til det beste for fellesskapet.

Plikten til å unngå ressursløsning fremgår også av hpl § 6 hvor det heter at «helsepersonell skal sørge for at helsehjelpen ikke påfører pasienter, helseinstitusjon, trygden eller andre unødvendig tidstap eller utgift.» Dette innebærer at helsepersonellet har en plikt til en hensiktsmessig forvaltning av fellesskapets ressurser, men ikke på bekostning til kravet om faglig forsvarlighet.¹⁰⁶ Lovgiver stiller videre krav til helseinstitusjonene når det gjelder ressursbruken. Dette fremgår av formålsbestemmelsen både i shl § 1-1 nr. 4 og hol § 1-1 nr. 7 at lovens formål er «å bidra til at resursene utnyttes best mulig». Spørsmålet er derfor om det foreligger en øvre grense for hva samfunnet skal betale for når det gjelder utredning og behandling ved retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. En begrensning kan være at helsepersonell skal la være å sette i gang undersøkelser som ikke er nyttige. Dette kan også gjelde bruken av for mange og dyre, unødige prøver og analyser. Helsepersonellet bør derfor som en del av sin forsvarlige skjønnsutøvelse vurdere i hvilken utstrekning det kan tas prøver og gis behandling som kan belastes av det offentlige.¹⁰⁷

Dette utgangspunktet følger også av «Ethiske regler for leger» utgitt av Den Norske Legeforening.¹⁰⁸ Retningslinjene er ikke å anse som en rettskildefaktor i seg selv, men er faglige normer for adferd som ligger utenfor loven selv og som er med å danne innholdet i forsvarlighetskravet som rettslig standard. Det følger av retningslinjene § 12 at «en lege skal i sin virksomhet ta tilbørlig hensyn til samfunnets økonomi. Unødige eller overflødig kostbare metoder må ikke anvendes.» Dette kan derfor tale for at det finnes en øvre grense for ressursbruk på samme måte som det finnes en nedre grense for forsvarlig ressursbruk som må være i samsvar med minstestandarden. Ved ytelse av helsehjelp til den enkelte og ved forvaltningen av fellesskapets ressurser vil kravet om forsvarlighet både stille krav til at det ikke brukes unødige og overflødige metoder samtidig som minstestandarden skal opprettholdes slik at helsehjelpen ikke er å anse som uforsvarlig.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 219

¹⁰⁷ Molven (2012) s. 236 og 237

¹⁰⁸ Den Norske Legeforening (1961)

De krav og verdier som ligger til grunn for tolkningen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten i pbrl § 2-1b andre ledd er nå gjort rede for. Som nevnt i punkt 3.1 kan det oppstå et dilemma der full respekt for en verdi kan undergrave en annen verdi. Utfordringen ligger i å finne den ideelle balansen mellom dem. Dette danner bakteppe for den følgende rettsdogmatiske analysen av pbrl § 2-1b andre ledd, og den etterfølgende rettspolitiske drøftelsen.

4 Retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten

4.1 Innledning

Etter gjeldende regulering i pasient- og brukerrettighetsloven er det to innganger til spesialisthelsetjenesten dersom man har behov for helsehjelp. For det første som øyeblikkelig hjelp. For det andre som henvist til planlagt nødvendig helsehjelp.

Etter pbrl § 2-1b første ledd har pasienten rett til øyeblikkelig helsehjelp. Spesialisthelsetjenesteloven regulerer videre spesialisthelsetjenestens plikter.¹⁰⁹ Det fremgår av shl § 3-1 første ledd at innbyggerne har rett til øyeblikkelig hjelp når hjelpen er «påtrengende nødvendig». Ved behov for øyeblikkelig hjelp skal det ikke foretas noen form for prioritering fra spesialisthelsetjenesten. Alle som har et påtrengende behov for helsehjelp har rett til øyeblikkelig hjelp, og spesialisthelsetjenesten har plikt til å yte slik helsehjelp uten opphold jf. hpl § 7 første ledd.

Videre følger det av pbrl § 2-1b andre ledd at pasienten har rett til «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten. Denne rettigheten gjelder pasienter som er henvist for planlagt nødvendig helsehjelp og som har krav på å bli vurdert av en spesialist innen en viss frist jf. pbrl § 2-2 første ledd. Det er ved vurderingen av om pasienten har rett til nødvendig planlagt helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten at helsearbeiderne må prioritere etter gitte kriterier som fremgår av prioriteringsforskriften og av prioriteringsveilederne.

1. november 2015 trådte det i kraft endringer i pbrl § 2-1b og tilhørende prioriteringsforskrift. Hovedformålet med endringene har etter forarbeidene vært å «forenkle og forbedre regelverket og bedre understøtte et forsvarlig pasientforløp».¹¹⁰ Videre har et uttalt formål fra lovgivers side vært å «sikre likebehandling og en tydelig prioritering av hvem som skal ha tilbud i

¹⁰⁹ Spesialisthelsetjenesteloven (1999)

¹¹⁰ Prop. 118 L (2012-2013) s. 11

spesialisthelsetjenesten». ¹¹¹ For å fremme dette formålet er også prioriteringsveilederne blitt oppdatert og revidert. I analysen av gjeldende rett vil reguleringen frem til 1. november 2015 bli trukket inn for å belyse i hvilken grad lovgivers intensjon med endringene oppnås.

4.2 Pasientforløpet

Jeg starter med en kort gjennomgang av et typisk pasientforløp. Dette for å belyse hvor i det helserettslige landskapet det foretas en prioritering ved tildeling av nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Pasientforløpet kan defineres som «en helhetlig, sammenhengende beskrivelse av en eller flere pasienters kontakter med ulike deler av helsevesenet i løpet av en sykdomsperiode». ¹¹² Dette innebærer med andre ord perioden fra man som innbygger tar kontakt med sin fastlege grunnet et helseproblem, til man eventuelt får et rettskrav på nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, og den videre behandlingen i spesialisthelsetjenesten.

Henvisningsplikten til spesialisthelsetjenesten inntreffer når pasientens sykdomssituasjon er av en slik karakter at helsepersonell i kommunene ikke kan anses å ha de nødvendige kvalifikasjoner til å gi pasienten forsvarlig helsehjelp. Til grunn for dette ligger helsepersonellens krav til faglig forsvarlighet etter hpl § 4. Det følger av andre ledd at «helsepersonell skal innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner, og skal innhente bistand eller henvise videre pasienter der dette er nødvendig og mulig». Henvisningen skal vurderes ved den medisinske enheten som pasientens helsetilstand i hovedsak sorterer under. ¹¹³

Etter pbrl § 2-2 første ledd skal spesialisthelsetjenesten ved vurderingen av henvisningen vurdere om pasienten oppfyller vilkårene for rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd. Kriteriene for om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp, og hvilken tidsfrist man som pasient da vil bli prioritert under, følger av prioriteringsforskriften og prioriteringsveilederne. Dette betyr at vurderingen av om det foreligger rett til nødvendig helsehjelp

¹¹¹ Prop. 118 L (2012-2013) s.50

¹¹² Helsebiblioteket.no (2015)

¹¹³ Helsedirektoratet (2015a) s. 10

fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-2 første ledd jf. § 2-1b andre ledd foretas ved «inngangsporten» til spesialisthelsetjenesten. Etter forarbeidene er formålet med retten til vurdering for det første «å sikre at spesialisthelsetjenesten raskt vurderer og prioriterer henvisningene slik at alvorlig syke pasienter sikres rask behandling. For det andre skal det gis en rask tilbakemelding til pasient og primærlege om hvordan pasientens problemer er blitt tatt hånd om».¹¹⁴ Dersom pasienten anses å oppfylle vilkårene, og har rett til spesialisert helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd, skal det ikke rettighetsvurderes på nytt internt innenfor spesialisthelsetjenesten eller mellom enhetene.

Etter pbrl § 2-2 først ledd har pasienten rett til vurdering «innen 10 virkedager etter at henvisningen er mottatt av spesialisthelsetjenesten». Denne fristen må ikke forveksles med fristen for når helsehjelp senest skal gis etter pbrl § 2-1b andre ledd jf. pbrl § 2-2 andre ledd. Pbrl §§ 2-2 første ledd og 2-1b andre ledd regulerer med andre ord to ulike stadier i en sammenhengende behandlingskjede. Pasientene har med andre ord et rettskrav på vurdering av om det foreligger et rettskrav på nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

4.3 Retten til nødvendig helsehjelp som materiell rettighet

Med materielle rettigheter menes i denne sammenheng en rett til oppfyllelse av ulike former for helsetjenester og dekning av nødvendige utgifter forbundet med selve oppfyllelsen. De rettighetene som passer inn i dette bildet er rettighetene i pasient- og brukerrettighetslovens kapittel 2. Dette innebærer rett til øyeblikkelig hjelp og rett til nødvendig helsehjelp både fra kommunes helse- og omsorgstjeneste og spesialisthelsetjenesten, jf. pbrl § 2-1a første og andre ledd og pbrl § 2-1b første og andre ledd.¹¹⁵ Skillet mellom den kommunale helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten kan imidlertid være flytende, og bestemmelsene må ses i sammenheng. Det avgjørende er at tjenestenivåene samarbeider slik at pasienten får god og

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998 - 1999), s. 127

¹¹⁵ Syse (2015) s. 36, Prop. 118 L (2012-2013) s. 20

forsvarlig helsehjelp. Spesialisthelsetjenesten og kommunen må ut fra forsvarlighetskravet vurdere hvilken plikt som påligger de ulike tjenestenivåer, og hvem som skal yte den hjelp som pasienten har behov for.¹¹⁶

Forvaltning og fordeling av helsetjenestens ressurser foregår både i kommunehelsetjenesten og i spesialisthelsetjenesten. Det er likevel en viktig forskjell i reguleringen da det ved rett til nødvendig helsehjelp fra kommunen etter pbrl § 2-1a andre ledd ikke foreligger en ytterligere presisering av innholdet i «nødvendig» verken i lovtekst eller i forskrift. I motsetning til dette foreligger det ved retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten en presisering av hva som er «nødvendig» helsehjelp i prioriteringsforskriften. Prioriteringsforskriften angir rammen for den rettslige standarden «nødvendig» og regulerer på denne måten balansen mellom individets materielle rettighet på den ene siden, og forvaltningen av felleskapets ressurser på den andre siden. Prioriteringsforskriften er dermed en av de mest sentrale forskriftene som utfyller bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven.¹¹⁷ Dertil kommer prioriteringsveilederne som for helsepersonell forklarer hvordan lov og forskrift skal brukes i praksis.

Som nevnt i kapittel 1 kan vi skille mellom sterke og svake rettigheter, samt hvor en rettighet befinner seg på en skala fra klart svak til klart sterk. Et eksempel på en svak rettighet er retten til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten etter pbrl § 2-1a andre ledd. Her er både vilkårsiden og rettsfølgesiden vag og vurderingspreget. Ytterpunktet i motsatt ende er sterke rettigheter hvor reglene består av faste regler både på vilkårsiden og på rettsfølgesiden. Et eksempel på dette er retten til grunnskoleopplæring etter opplæringslova § 2-1 første ledd jf. tredje ledd.¹¹⁸ Det følger av denne bestemmelsen at barn og unge har «rett til ein offentlig grunnskoleopplæring» og at den til vanlig skal starte «det kalenderåret barnet fyller 6 år». Barna har her et rettskrav på denne ytelsen, og det foreligger ikke en konkurranse om knappe ressurser. Hvor i dette landskapet, mellom klart svake og klart sterke rettigheter, retten til spesialisert helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd befinner seg, vil i det følgende bli analysert.

¹¹⁶ Prop. 118 L (2012-2013) s. 102

¹¹⁷ Syse (2015) s. 107

¹¹⁸ Opplæringslova (1998)

4.4 Hvem er forpliktet til å yte nødvendig helsehjelp?

Etter pbrl § 2-1 b andre ledd er det «spesialisthelsetjenesten» som er forpliktet til å yte nødvendige helsehjelp. Spesialisthelsetjenesten er ikke definert i helselovgivningen, men det fremgår av lovforarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven at spesialisthelsetjenesten er en «samlebetegnelse på den type helsetjenester man har funnet det hensiktsmessig ikke å legge ansvaret for på det kommunale nivå». ¹¹⁹ Dette vil kunne endre seg over tid, både på grunn av den medisinske utviklingen og endring i organisering av helsetjenestene.

I praksis vil spesialisthelsetjenesten omfatte de helsetjenester som de regionale helseforetakene har plikt til å sørge for både i og utenfor institusjon. Etter shl § 2-1 første ledd har «staten det overordnede ansvaret for at befolkningen gis nødvendig spesialisthelsetjeneste». Videre skal de regionale helseforetakene etter shl § 2-1 a første ledd «sørge for at personer med fast bopel eller oppholdssted innen helseregionen tilbys spesialisthelsetjeneste». Det er for tiden fire regionale helseforetak i Norge: Helse Vest, Helse Midt – Norge, Helse Nord og Helse Sør – Øst. Disse helseforetakene er etter helseforetaksloven (hfl) § 6 første ledd egne rettssubjekter som etter lovens formål, jf. § 1, skal bidra til å oppfylle de målsettingene som er nedfelt i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-1. ¹²⁰ Det er derfor med andre ord de regionale helseforetakene som er forpliktet til å yte den nødvendige helsehjelpen.

Etter forarbeidene følger det videre at helseforetakene som pliktsubjekt har ansvar for at helsetjenestetilbudet organiseres i samsvar med overordnede fordelingspolitiske mål. Det følger videre at helseforetakene «må sørge for at de alminnelige prinsipper for prioritering av helsetjenester følges i helsetjenesten. Dette innebærer at pasienten gis lik tilgang til helsetjenester». ¹²¹ Videre følger det av kravet til forsvarlighet og av prioriteringsforskriften § 2a at de alvorligst syke skal prioriteres først.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) s. 119

¹²⁰ Helseforetaksloven (1993)

¹²¹ Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 163

Helseforetakene er med andre ord forpliktet både til å yte forsvarlig helsehjelp og til å foreta en forsvarlig fordeling av ressurser i tråd med prinsippet om likebehandling og fordelingspolitiske mål.

4.5 Hvem er berettiget til nødvendig helsehjelp?

Etter pbrl § 2-1 b andre ledd er det «pasienten» som har rett til nødvendig helsehjelp. Det fremgår av pbrl § 1-3 at med pasient menes «en person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfellet». Når det gjelder rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten vil pasienten normalt komme i kontakt med spesialisthelsetjenesten gjennom en henvisning fra helsepersonell i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, for eksempel gjennom henvisning fra fastlegen.¹²²

Det fremgår videre av pbrl § 1-2 første ledd at «loven gjelder for alle som oppholder seg i rike. Kongen kan gjøre unntak fra lovens kapittel 2, for personer som ikke er norske statsborgere eller ikke har fast opphold i riket». Reglene om begrensninger i rett til helse- og omsorgstjenester for personer uten fast opphold i riket er samlet i «Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket».¹²³ Det følger av forskriften § 2 første ledd at fulle rettigheter bare gjelder for personer som har lovlig opphold i Norge og som enten har «fast opphold i riket», «er medlem av folketrygden med rett til stønad fra helsetjenesten» eller «har rett til helsehjelp i henhold til gjensidighetsavtale med annen stat».

Videre følger det av forskriften § 3 at alle som oppholder seg i riket har rett til øyeblikkelig hjelp både fra kommunen og fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl §§ 2-1a første ledd og 2-1b første ledd. Når det gjelder barns rett til helsehjelp følger det av forskriften § 4 at barn under 18 år har rett til nødvendig helsehjelp fra kommune og spesialisthelsetjenesten etter pbrl §§ 2-1a andre ledd og 2-1b andre ledd. Dette medfører med andre ord at personer over 18

¹²² Prop. 118 L (2012-2013) s. 39

¹²³ Forskrift om rett til helse og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket (2011)

år uten lovlig opphold i Norge har rett til øyeblikkelig helsehjelp, men ikke er berettiget til nødvendig helsehjelp etter pbrl §§ 2-1a andre ledd og 2-1b andre ledd. Dette vil da for eksempel være rettstilstanden for flyktninger ved asylmottak uten lovlig oppholdstillatelse. En videre drøftelse av hvem som er berettiget til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten faller utenfor denne oppgavens tema. Det er likevel viktig å nevne for å belyse rammene for den individuelle rettigheten.^{124 125}

4.6 Hva er «nødvendig» helsehjelp?

Retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd er formulert slik i gjeldende lovbestemmelse:

«Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Spesialisthelsetjenesten skal i løpet av vurderingsperioden, jf. pasient og brukerrettighetsloven § 2-2 første ledd, fastsette en frist for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp. Fristen skal fastsettes i samsvar med det faglig forsvarlighet krever. De regionale helseforetakene kan bestemme hvilke institusjoner som skal fastsette tidsfrist når pasienten er henvist til tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelbruk».

Etter forarbeidene skal ordlyden i gjeldende lovbestemmelse tolkes slik at den rettslige standarden «nødvendig» samsvarer med den medisinske vurderingen av behov.¹²⁶ Ved vurderingen av om det foreligger rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten vil det da være viktig hva en helsefaglig vurdering tilsier. Etter ordlyden frem til 1. november 2015 fremgikk vilkårene, som presiseres nærmere i prioriteringsforskriften, direkte av lovteksten i pbrl § 2-1b andre ledd. Det fulgte av andre ledd andre punktum at «retten gjelder bare dersom pasienten kan ha forventet nytte av

¹²⁴ Avgrensningen har vært blant annet vært omdiskutert og belyst av Henriette Sindig Aasen og Alice Kjellekvold i artikkelen Velferd og menneskerettigheter: «Ulovlig opphold som grunnlag for å avskjære helse- og sosialhjelp» Aasen & Kjellekvold (2012) s. 93.

¹²⁵ En nyere fremstilling er gitt i boka «Eksepsjonell velferd?: Irregulære migranter i det norske velferdssamfunnet» Bendixsen, Jacobsen, & Søvig (2015) s. 48-69

¹²⁶ Prop. 118 L (2012-2013), s. 50

helsehjelpen, og kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt.»¹²⁷ Dette resulterte i at det i praksis ble en deling mellom pasientene i såkalte «rettighetspasienter» som oppfylte vilkårene, og «behovspasienter» som ikke oppfylte vilkårene, men likevel hadde behov for helsehjelp.

Kort om rettstilstanden før 1. november 2015.

Frem til 1. november 2015 var det i tillegg et tredje kriterium som skulle innfortolkes i nødvendighetskravet. Det fulgte av prioriteringsforskriftens § 2 at for å ha rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten måtte pasienten «ha et visst prognosetap med hensyn til livslengde eller ikke ubetydelig nedsatt livskvalitet dersom helsehjelpen utsettes».¹²⁸ Dette ble kalt alvorlighetskriteriet. Det var med andre ord de tre vilkårene, tilstandens alvorlighet, forventet nytte og forholdsmessigheten mellom kostnad og effekt, som lå til grunn for om det forelå en rett til nødvendig helsehjelp. Kriteriene var kumulative, og hadde sitt utspring i Lønning II - utvalgets inndeling i prioriteringsgrupper (se nedenfor i punkt 4.6.1). Det fulgte videre av forarbeidene at vilkårene var relative i forhold til hverandre. «Er pasientens prognose meget dårlig, vil kravet til behandlingens forventede nytte kunne være lavere enn om prognosen er mer usikker. Tilsvarende vil det kunne kreves mindre med hensyn til tilstandens alvorlighet dersom nytten med høy grad av sikkerhet er stor i forhold til om den er moderat eller mindre sikker.»¹²⁹

De pasientene som oppfylte de tre vilkårene for rett til spesialisthelsetjenester fikk benevnelsen rettighetspasienter. Rettighetspasientene hadde etter pbrl § 2-1b andre ledd rett på en frist for når helsehjelpen senest skulle ytes. Fristen skulle settes i samsvar med det faglig forsvarlighet krever. Maksimumsfristen fremgikk av veiledere. Pasienter som ikke oppfylte de tre kumulative vilkårene oppnådde ikke status som rettighetspasienter, men skulle også tilbys hjelp fra spesialisthelsetjenesten dersom det var medisinsk behov for dette. Denne pasientgruppen fikk status som behovspasienter. Selv om pasienten ikke hadde materiell rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1 b andre ledd, hadde det regionale helseforetak et «sørge for» ansvar etter shl § 2-1a første ledd til å gi beboerne i helseregionen et tilbud av

¹²⁷ Historisk versjon av pbrl § 2-1b andre ledd. Opphevet ved lovendringen 1. november 2015

¹²⁸ Historisk versjon av prioriteringsforskriftens § 2. Opphevet 1. november 2015.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 63 (2002-2003), s. 28

spesialisthelsetjenester.¹³⁰ Disse pasientene hadde likevel ingen rett til en maksimumsfrist for når helsehjelpen senest skulle starte. Behovspasientene ble prioritert etter rettighetspasientene og ville som regel ha lengre ventetid før deres behandlingsbehov ble imøtekommet.¹³¹ Etter tidligere pbrl § 2-1b andre ledd innebar dette en tredeling av pasientene. Rettighetspasientene var dem som oppfylte vilkårene i bestemmelsen og hadde rett til nødvendig helsetjeneste. Den andre kategorien var behovspasienter som hadde behov for helsehjelp, men ikke fikk rettighetsstatus etter pbrl. § 2-1b andre ledd. Den tredje gruppen ble avvist eller henvist tilbake til den kommunale helse- og omsorgstjenesten.

Lovgiver har etter gjeldende rett fjernet presiseringen av «nødvendig helsehjelp» som fremgikk av ordlyden i pbrl § 2-1b andre ledd andre setning frem til 1. november 2015. Ifølge forarbeidene oppheves dermed det vanskelige prioriteringsskillet mellom såkalte rettighetspasienter som oppfylte lovens kriterier og behovspasienter som kunne ha medisinsk behov for helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, men ikke en juridisk rett.¹³² Det skal likevel fortsatt prioriteres mellom rettighetspasientene i henhold til kravet om faglig forsvarlighet og prioriteringsforskriften § 2a.¹³³ Etter gjeldende rett er innholdet i ordlyden «nødvendig» fremdeles presisert i prioriteringsforskriften, men som det vil fremgå nedenfor er det ene av de tre kriteriene, alvorlighetskriteriet, tatt bort. Dette innebærer at ordlyden i pbrl § 2-1b andre ledd, «nødvendig helsehjelp» er den samme, men innholdet i bestemmelsen har endret seg.

Lovendringen medfører at bestemmelsen er blitt mindre presis enn tidligere. Der lovgiver tidligere valgte å være åpen om kriteriene for om det forelå en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, fremstår innholdet i retten nå mer uklart for både pasienter og helsepersonell. Etter forarbeidene mener lovgiver at en rettslig standard som ikke presiseres videre i bestemmelsen best ivaretar pasientens behov og rettssikkerhet. Dette da denne reguleringen tar høyde for den helsefaglige og teknologiske utviklingen over tid. Vurderingen vil nå bli forankret i en individuell helsefaglig vurdering

¹³⁰ Prop. 118 L (2012-2013), s. 41

¹³¹ Syse (2015), s. 205

¹³² Prop. 118 L (2012-2013), s. 48

¹³³ Prop. 118 L (2012-2013), s. 50

av behov.¹³⁴ Norsk rett har utbredt bruk av rettslige standarder. Systemhensyn kan derfor tale for endringen hvor vilkårene som setter rammene for skjønnets er fjernet fra lovteksten.

På den annen side kan endringen tale for en minsket rettssikkerhet gjennom mindre forutberegnelighet for pasientene. Bruken av «nødvendig helsehjelp» som rettslig standard uten ytterligere presisering kan ha gjort det vanskeligere for pasienten å forutsi sin rettsstilling. Ved vurderingen av henvisningen til spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-2 første ledd jf. pbrl § 2-1b andre ledd forholder helsepersonellet seg til prioriteringsforskriften og prioriteringsveilederne som utpensler den rettslige standarden. Både forskrift og veiledere er derimot ikke like tilgjengelige for pasientene. Selv om pasienten også har tilgang til prioriteringsforskriften, er det vanskeligere å forstå sammenhengen mellom forskrift og lovbestemmelse. Kriteriene som tidligere fulgte av pbrl § 2-1b andre ledd viste for pasientene at det forelå en avveining mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser. Denne åpenheten i lovgivningen medvirket til at pasientens forventninger til helsehjelpen ble avklart. Dette kan tale for at det etter gjeldende rett fremstår mer uklart for pasienten hvilke forventninger han/hun kan ha til helsehjelpen fra spesialisthelsetjenesten.

Etter forarbeidene mener lovgiver at gjeldende ordlyd i pbrl § 2-1b andre ledd hvor «nødvendig helsehjelp» fremstår som en rettslig standard gir rom for den dynamiske utviklingen som er nødvendig for å håndtere den faglige og metodiske utvikling som til enhver tid skjer innenfor helse- og omsorgssektoren.¹³⁵ Tolkningen av innholdet i ordlyden «nødvendig» er likevel ikke like fri for dynamisk tolkning som det fremgår av forarbeidene. Som vi skal se nedenfor setter prioriteringsforskriften og prioriteringsveilederne tydelige rammer for det helsefaglige skjønnets for å sikre formålet om «lik tilgang» etter pbrl § 1-1 første ledd.

¹³⁴ Prop. 118 L (2012-2013), s. 50

¹³⁵ Prop. 118 L (2012-2013), s. 49 og 50

4.6.1 Prioriteringsforskriften som ramme for den individuelle retten

Prioriteringsforskriftens intensjon er å utfylle den vanskelig tolkbare og sterkt skjønnsmessige bestemmelsen i pbrl § 2-1b andre ledd. Gjennom forskriften setter helsemyndighetene retten til nødvendig helsehjelp inn i et samfunnsperspektiv der de tilgjengelige ressursene skal forvaltes etter gitte kriterier. Det er Lønning II - utvalgets forslag til prioriteringsgrupper som ligger til grunn for den gjeldende regulering av prioritering ved tildeling av helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.¹³⁶ Lønning II – utvalget la til grunn at det var tilstandens alvorlighet og behandlingens forventede nytteverdi som skulle danne grunnlaget for rett til nødvendig helsehjelp i spesialisthelsetjenesten. Dette mer enn å prioritere etter diagnosegrupper og behandlingstiltak.¹³⁷

Lønning II – utvalgets forslag til prioriteringsgrupper

Utvalget foreslo inndeling i fire prioriteringsgrupper. Gruppe 1 gjaldt grunnleggende helsetjenester som skulle omfatte tjenester som tok sikte på å tilfredsstille grunnleggende behov. Dette gjaldt blant annet omsorg og pleie, lindrende behandling ved livets slutt og effektive tiltak ved livstruende tilstander. Prioritetsgruppe 1 skulle inneholde tilstander med høy alvorlighetsgrad og hvor aktuelle tiltak hadde betydelig forventet nytte. Det offentlige hadde særlig ansvar for å prioritere denne gruppen pasienter.¹³⁸

Prioriteringsgruppe 2 gjaldt utfyllende tjenester. Dette innebar tjenester utover det helt grunnleggende nivået som vårt ressurssterke velferdssamfunn burde tilby. De utfyllende tjenestene kunne være tjenester som diagnostikk, screening, utredning, behandling og rehabilitering for tilstander som gav forventet prognosetap, nedsatt funksjonsnivå eller smerter, og hvor tiltak har betydningsfull nytte for pasienten. Samtidig skulle forventet nytte stå i rimelig forhold til kostnadene.

Prioriteringsgruppe 3 var lavt prioriterte tjenester som det kunne være rimelig at det offentlige brukte tid og penger på, men som alternativt kunne

¹³⁶ Syse (2015), s. 201

¹³⁷ NOU (1997: 18) s. 126

¹³⁸ NOU (1997: 18) s. 126

tilbys mot egenbetaling eller full betaling. Eksempler på gruppe 3 var kunstig befruktning på visse indikasjoner, plastiske operasjoner for kosmetiske plager og helsesjekk av friske personer. Prioriteringsgruppe 4 hadde ingen prioritet og var tilbud som ikke skulle tilbys innenfor det offentlig finansierte helsetilbud.¹³⁹

Lønning II utvalgets grupper dannet grunnlaget for de tre kriteriene, «alvorlighet», «forventet nytte» og «kostnad som står i forhold til tiltakets effekt». Gruppe 1 og 2 oppfylte kriteriene, mens gruppe 3 ville oppfylle kriteriene i noen tilfeller. Tilstander i gruppe 4 ville ikke oppfylle kriteriene og dermed ikke kunne tilbys spesialisert helsehjelp fra det offentlige. Etter reguleringen frem til 1. november 2015 var de tre kriteriene nedfelt i prioriteringsforskriftens § 2. Vilåårene lå derfor til grunn for vurderingen av henvisningen til spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-2 første ledd jf. pbrl § 2-1b andre ledd. Dersom alle de tre vilåårene var oppfylt hadde pasienten rett til nødvendig helsehjelp og ble ansett som rettighetspasient.

Etter gjeldende regulering (etter 1. november 2015) blir pasientene prioritert etter de samme tre kriteriene sett i lys av de samme prioriteringsgruppene fra Lønning II - utvalget. Lovteknisk er likevel kriteriene regulert på en annen måte. Etter gjeldende regulering foretas det en prioritering i to omganger. For det første ved inngangen til spesialisthelsetjenesten når henvisning vurderes etter prioriteringsforskriftens § 2 hvor kriteriene «forventet nytte» og «kostnad som står i forhold til tiltakets effekt» legges til grunn. Videre skal det i andre omgang prioriteres mellom rettighetspasientene ved fastsettelse av frist for start av helsehjelp etter prioriteringsforskriftens § 2a. Her legges det tredje kriteriet, «alvorlighets- og hastegrad», til grunn for vurderingen. Prioriteringsforskriften §§ 2 og 2a kan videre anses å ha to ulike formål. Den førstnevnte bestemmelsen sier noe om terskelen for å få rett til nødvendig spesialisthelsetjenesten, mens sistnevnte bestemmelse gir kriterier for å vurdere pasientens plassering i køen.

¹³⁹ NOU (1997: 18) s. 126 og s. 127

4.6.2 Prioriteringsforskriften § 2

Etter gjeldende regulering har prioriteringsforskriften § 2 følgende ordlyd:

«Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b andre ledd når:

- a) pasienten, med det unntaket som er nevnt i § 3 andre ledd, kan ha forventet nytte av helsehjelpen og
- b) de forventede kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt.

Med forventet nytte av helsehjelpen menes at det foreligger god dokumentasjon for at aktiv medisinsk eller tverrfaglig spesialisert helsehjelp kan bedre pasientens livslengde eller livskvalitet med en viss varighet, at tilstanden kan forverres uten helsehjelp eller at behandlingsmuligheter forspilles ved utsettelse av helsehjelp.»

Det følger av bokstav a og b to vilkår som må være oppfylt for å ha rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. For det første må det foreligge en «forventet nytte av helsehjelpen». For det andre skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering der «de forventede kostnader står i et rimelig forhold til tiltakets effekt». Foreligger det et behov for helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, uansett alvorlighetsgrad, skal pasienten etter en ordlydsfortolkning ha rett til helsehjelp. Denne endringen medfører også en styrking av retten til helsehjelp da alle pasienter med behov, uansett alvorlighetsgrad, får en rett til helsehjelp og dermed også en tidsfrist å forholde seg til jf. pbrl § 2-1b andre ledd andre setning. I det følgende vil kriteriene for om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter prioriteringsforskriftens § 2 bli gjennomgått.

Pasienten kan ha «forventet nytte av helsehjelpen»

Innholdet i vilkåret om «forventet nytte» er presisert i prioriteringsforskriften § 2 andre ledd. Kriteriet gir anvisning på et helsefaglig skjønn, der legen foretar en faglig vurderingen av om det foreligger «forventet nytte» av helsehjelpen. Som vi har sett ovenfor ved beskrivelsen av pasientforløpet er det ved vurderingen av henvisningen etter pbrl § 2-2 første ledd at det foretas en vurdering av om vilkårene etter pbrl § 2-1b andre ledd er oppfylt.

Etter prioriteringsforskriftens § 2 andre ledd fremgår det at helsehjelpen skal være dokumentert effektiv. Av forarbeidende følger det videre at bestemmelsen medfører at retten til nødvendig helsehjelp ikke innebærer eksperimentell eller utprøvende behandling. Behandlingen skal være vitenskapelig dokumentert innenfor norsk eller internasjonal medisin.¹⁴⁰ Dette er et faglig strengt krav som viser til kunnskapsbasert medisin (evidence-based medicine). Kriteriet er imidlertid likevel skjønnspreget, vagt og åpent for tolkning. Det er det medisinskfaglige personellet som tolker loven og hva som ligger i ordlyden «forventet nytte» til enhver tid. Ulike behandlingstradisjoner, ulik utdanning og erfaring kan ved tolkning medføre uenighet om nytteverdien, noe som kan virke inn på vurderingen av om tiltaket regnes som nødvendig helsehjelp.¹⁴¹ Denne uenigheten kan blant annet ha sammenheng med hvilken grad av forbedring som forventes for at helsehjelpen skal anses å ha «forventet nytte». Det kan også være uenighet i hvilken grad helsehjelpen fører til stabilisering av sykdomssituasjonen eller i hvilken grad helsehjelpen forhindrer forverring. Dette har også en side til pasienten som mottar helsehjelpen og i hvilken grad han/hun responderer på helsehjelpen. Det kan i denne sammenheng forekomme etablering av ulik forståelse av «forventet nytte» mellom ulike avdelinger, fagområder og helseforetak. Denne mulige mangelen på likebehandling blir likevel forsøkt håndtert gjennom de ulike prioriteringsveilederne som ytterligere presiserer hvilke sykdomstilstander som anses å ha «forventet nytte» av helsehjelpen. Prioriteringsveilederne, som et viktig bidrag til utpenslingen av innholdet i «nødvendig helsehjelp», vil jeg komme tilbake til nedenfor i punkt 4.6.4.

«Forventede kostnader står i et rimelig forhold til tiltakets effekt»

Det andre vilkåret som etter gjeldende rett må være oppfylt etter prioriteringsforskriften § 2 første ledd bokstav b er at de «forventede kostnader står i et rimelig forhold til tiltakets effekt». I motsetning til det første vilkåret er dette vilkåret ikke forsøkt operasjonalisert nærmere i prioriteringsforskriften. Etter forarbeidene til endringene i

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 63 (2002-2003), s. 28

¹⁴¹ Molven (2012), s. 151

prioriteringsforskriften fremgår det at gjeldende prioriteringsforskrift viderefører prinsippet om at det skal ligge en kost/nytte - vurdering til grunn for om pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Det skal her foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom kostnader og nytte.¹⁴² Dette innebærer at det må foreligge et rimelig forhold mellom kostnadene ved utredning og behandling, og den forbedring av pasientens helsetilstand som helsehjelpen forventes å gi. Dette medfører vanskelige skjønnsbaserte medisinskfaglige vurderinger for helsepersonellet hvor det skal tas hensyn til både økonomiske overveielser og etiske betraktninger.¹⁴³

Kriteriet kan også tolkes i lys av kravet om at helsehjelpen ikke skal påføre det offentlige unødig utgift, jf. hpl § 6. En begrensing kan være at helsepersonell skal la være å sette i gang undersøkelser som ikke er nyttige eller utføre for mange og dyre unødige prøver og analyser. Kravet til faglig forsvarlighet som også har en side til forsvarlig ressursbruk medfører derfor at det blir uforsvarlig å utføre kostbare undersøkelser som etter en medisinskfaglig vurdering vil ha liten nytte. I avveiningen mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av felleskapets ressurser setter lovgiver gjennom dette kriteriet individet inn i en samfunnsmessig ramme. Et overforbruk av kostbare metoder med liten vitenskapelig dokumentert nytte vil da kunne medføre at andre pasienter eller pasientgrupper blir tilført mindre ressurser. Det kan derfor anses uetisk å ikke foreta ressurs hensyn i hvert enkelt konkrete tilfelle. Det er likevel forståelig at det kan være vanskelige etiske og juridiske avveininger som må tas ved vurderingen av henvisningene da det her ofte er gråsoner og ikke klare svar.

Helhetsvurdering

Kravet til faglig forsvarlighet etter hpl § 4 og shl § 2-2 gjelder ved vurderingen av om vilkårene om nytte og kostnadseffektivitet er oppfylt. Det skal i pasientforløpet ved vurderingen av henvisningen etter pbrl § 2-2 første ledd både tas hensyn til nytten av helsehjelpen samt tas hensyn til økonomiske overveielser hvor helsehjelpen som ytes ikke kan være under

¹⁴² Helse- og omsorgsdepartementet (2015a), s. 64

¹⁴³ Kjønsstad & Syse (2012), s. 232

minstestandarden.¹⁴⁴ Innebygget i den individuelle retten til nødvendig helsehjelp som følger av pbrl § 2-1b andre ledd ligger det også en kollektiv vurdering på vegne av samfunnets ressurser. Det foreligger derved et samfunnsmessig aspekt der helsearbeiderne er forvaltere av fellesskapets ressurser når det foretas prioriteringer etter prioriteringsforskriften. Vilåårene om «forventet nytte» og at «forventede kostnader står i rimelig forhold til tiltakets effekt» danner med andre ord de juridiske rammene for det medisinske skjønnet ved tolkningen av hva som anses «nødvendig» etter pbrl § 2-1b andre ledd. Pasientens diagnose er ikke avgjørende for retten til nødvendig helsehjelp. Innenfor samme diagnosegruppe kan noen pasienter oppfylle de to kumulative vilåårene og ha rett til nødvendig helsehjelp, mens andre med samme diagnose ikke oppfyller vilåårene.¹⁴⁵

Den samlede vurderingen av prioriteringsforskriften § 2 bokstav a og b fører til to mulige utfall når henvisningen vurderes. Pasienten kan for det første oppfylle vilåårene i prioriteringsforskriftens § 2. Pasienten anses da for å ha behov for helsehjelp i spesialisthelsetjenesten og får rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd. For det andre kan pasienten etter den samlede vurdering anses for ikke å oppfylle vilåårene i prioriteringsforskriften § 2 og følgelig ikke ha rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Pasienten skal da etter en faglig forsvarlig vurdering avvises eller henvises tilbake til oppfølging kommunen.

Hittil har vi sett at det etter gjeldende regulering skal foretas en prioritering av pasienter etter vilåårene i prioriteringsforskriftens § 2 når henvisningen blir vurdert i spesialisthelsetjenesten etter pbrl første ledd § 2-2 jf. § 2-1b andre ledd. Videre skal det etter gjeldende rett prioriteres mellom rettighetspasientene ved fristfastsettelse for start av helsehjelp. Dette er nå regulert i prioriteringsforskriften § 2a.

¹⁴⁴ Molven (2012), s. 227

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 63 (2002-2003), s. 28

4.6.3 Prioriteringsforskriften § 2a

Prioriteringsforskriftens § 2a har etter gjeldende rett følgende ordlyd:

«Spesialisthelsetjenesten skal prioritere pasienter med rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten ut fra alvorlighets- og hastegrad. I prioriteringen av pasienter skal det legges vekt på prognosetap med hensyn til livslengde og livskvalitet dersom helsehjelpen utsettes.»

Dette innebærer at pasienter som har oppfylt vilkårene i prioriteringsforskriften § 2 og har rett til spesialisert helsehjelp, skal prioriteres mellom etter «alvorlighets- og hastegrad» når det settes tidsfrist for senest oppstart av helsehjelpen jf. pbrl § 2-1b andre ledd jf. pbrl § 2-2 første ledd. Også denne prioriteringen skal skje ved «inngangsporten» til spesialisthelsetjenesten når henvisningene vurderes. Vurderingen av «alvorlighet- og hastegrad» er med andre ord avgjørende for hvor lang tid det skal ta før helsehjelp skal påbegynnes. Hvordan pasientene rangeres med hensyn til alvorlighet vil derfor være bestemmende for i hvilken rekkefølge pasientene mottar tjenester. Dette er også en skjønnsmessig bestemmelse som gir rom for det medisinskfaglige skjønnnet. Etter forarbeidene er det alvorlighets- og hastegrad etter en medisinsk faglig og forsvarlig vurdering som skal danne grunnlaget for prioriteringene.¹⁴⁶

Helsepersonellet er bundet av forsvarlighetskravet i hpl § 4 og spesialisthelsetjenesten er forpliktet etter shl § 2-2. Fristen som settes må etter gjeldende rett gi sikkerhet for at helsehjelpen kan startes og fullføres forsvarlig i hele forløpet. Dette følger også direkte av ordlyden i pbrl § 2-1b andre ledd hvor det fremgår at «fristen skal fastsettes i samsvar med det faglig forsvarlighet krever». Det må være faglig forsvarlig å utsette helsehjelpen til den fristen som settes uten at det går utover prognosen. Kravet til faglig forsvarlighet vil derfor ha stor betydning for tolkningen av vilkåret «alvorlighet- og hastegrad».

¹⁴⁶ Prop. 118 L (2012-2013), s. 50

«Alvorlighet- og hastegrad»

Tolkningen og innholdet i alvorlighetskravet er etter gjeldende rett den samme som etter tidligere regulering. Begrepet alvorlighet ble innført av Lønning I - utvalget hvor alvorlighet ble definert som at «sykdommen reduserer pasientens leveutsikter. I tillegg må imidlertid faktorer som plager og funksjonsnedsettelse, sykdommens betydning for livskvalitet i høyeste grad tas i betraktning»¹⁴⁷ Etter gjeldende ordlyd vil «alvorlighet- og hastegrad» være det kriteriet som pasienter med rett til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten blir prioritert etter ved fristfastsettelse. Lønning II - utvalget definerte alvorlighet som «et uttrykk for prognosetap dersom behandling eller andre tiltak ikke iverksettes».¹⁴⁸ Lønning II - utvalgets definisjon av alvorlighet kommer tydelig frem i gjeldende ordlyd i § 2a andre setning, hvor det fremgår at det i prioriteringen skal «legges vekt på prognosetap med hensyn til livslengde og livskvalitet dersom helsehjelpen utsettes». Prognose beskriver videre hvor mange fremtidige gode leveår man kan forvente å ha igjen etter å ha blitt diagnostisert og behandlet. Desto færre fremtidige gode leveår, jo mer alvorlig vil tilstanden være.¹⁴⁹

Etter reguleringen frem til 1. november 2015 ble «ikke ubetydelig nedsatt livskvalitet» ytterligere presisert i prioriteringsforskriften § 2 andre ledd. Det fremgikk av denne bestemmelsen at «livskvaliteten uten behandling merkbart reduseres som følge av smerte eller lidelse, problemer i forbindelse med vitale livsfunksjoner som for eksempel næringsinntak, eller nedsatt fysisk eller psykisk funksjonsnivå.»¹⁵⁰ Dette skulle innfortolkes i alvorlighetskriteriet. Etter dagens regulering fremgår det at det skal legges vekt på prognosetap med hensyn til livskvalitet og livslengde dersom helsehjelpen utsettes, men ikke hva som skal innfortolkes i «prognosetap med hensyn til livskvalitet». Dette kan gi et større rom for det medisinske skjønnets ved tolkning av hva som er «alvorlighetsgrad» og hva som er «prognosetap med hensyn til livskvalitet». På den annen side er det ikke sikkert at denne endringen medfører særlig forskjell i praksis. Hva som skal forstås med «livskvalitet» kan

¹⁴⁷ NOU (1987: 23) b s. 72

¹⁴⁸ NOU (1997: 18) s. 106

¹⁴⁹ Helse- og omsorgsdepartementet (2015b), s. 26

¹⁵⁰ Historisk versjon av prioriteringsforskriften §2 andre ledd. Opphevet 01. november 2015

anses selvsagt i den helsefaglige vurderingen. Dette kan tale for at formuleringen ble utelatt da den ble ansett som overflødig og ikke medførte en reell betydning i praksis.

Vilkåret «alvorlighet- og hastegrad» er av faglig karakter hvor det er behandlende lege som foretar vurderingen av fristfastsettelsen etter dette kriteriet. Ulike fagpersoner kan legge ulike vurderinger til grunn for sin tolkning av bestemmelsen. Kriteriene gir et spillerom for helsearbeiderens utøvelse av faglig skjønn når han/hun tar stilling til hvilke aspekter ved pasientens situasjon og helsehjelpen som er relevant for prioriteringsspørsmålet. Enkeltpasienter kan få høyere prioritet fordi det er spesielle forhold som gjør deres sykdom og situasjon mer alvorlig. Dette vil noen ganger være uproblematisk, mens det andre ganger vil kunne sette grunnleggende oppfatninger om likebehandling opp mot hverandre. På den annen side, dersom individuelle forhold ved pasienten etter en konkret vurdering ikke tillegges betydning ved prioritetsvurderingen kan dette være utilfredsstillende. Dette ut fra en oppfatning om at helsepersonellet forventes å skulle gi forsvarlig helsehjelp tilpasset den enkelte.

Et annet moment er at den skjønnsmessige vurderingen av alvorlighets- og hastegrad kan medføre ulik fristfastsettelse, alt etter hvor i landet pasienten bor og hvilket sykehus han/hun henvises til. Det er derfor en fare for at den grunnleggende verdien om at like pasienter skal behandles likt ikke blir opprettholdt. Lovgiver og helsemyndigheter setter gjennom kriteriene «forventet nytte», «kostnader står i rimelig forhold til tiltakets effekt» og «alvorlighet- og hastegrad» en ramme for det medisinskfaglige skjønnets for å fremme likebehandling, men på den annen side er det fremdeles rom for en faglig forsvarlig individuell vurdering. Det dreier seg alltid om enkeltindivider med en unik historie og der behovet for helsehjelp nødvendigvis må vurderes konkret. For å oppnå formålet om likebehandling er det likevel behov for at man i vurderingene av enkeltpasienter tilstreber størst mulig konsistens i prioriteringsbeslutningene. Dette formålet forsøkes oppnådd gjennom de fagspesifikke prioriteringsveilederne som ytterligere utpensler innholdet i kriteriene.

4.6.4 Prioriteringsveiledere.

Veilederne skal i henhold til Helsedirektoratet «bidra til økt forståelse av prioriteringsvilkårene og mer lik praktisering av dem. Målet er at pasientrettighetene blir oppfylt i lik grad uavhengig av hvor pasientene bor og uavhengig av hvilken sykdom de har».¹⁵¹ Den grunnleggende verdien om likebehandling ligger her til grunn for operasjonaliseringen av prioriteringskriteriene. Fravik vil måtte kreve en særlig begrunnelse.¹⁵²

Ovenfor fremgår det at også vilkårene i prioriteringsforskriftens §§ 2 og 2a gir betydelig rom for faglig skjønn som kan medføre at pasienter ikke får «lik tilgang på tjenester» etter formålsbestemmelsen i pbrl § 1-1 første ledd. De fagspesifikke veilederne utarbeidet av Helsedirektoratet setter ytterligere rammer for det faglige skjønn. Mangelen på likebehandling og lik forståelse av kriteriene i prioriteringsforskriften gjorde at Helsedirektoratet i 2006 iverksatte et prioriteringsprosjekt som i 2012 endte opp med 32 prioriteringsveiledere. Dette for å imøtegå utfordringene med ulik forståelse av lov og prioriteringsforskrift i praksis og mangelen på likebehandling mellom helseforetakene.¹⁵³

Prioriteringsveilederne er etter lovendringen som ble vedtatt i 2013 (ikrafttrådt 1. november 2015) revidert for å samsvare med gjeldende rett. Det foreligger nå 33 ulike prioriteringsveiledere som er ment å dekke 75-80% av problemstillingene som tas opp i henvisningene til de ulike fagområdene.¹⁵⁴ I veilederen «Prioriteringsveileder – geriatri» og tilstanden «Falltendens og gangvansker», som her er valgt som illustrasjon, fremgår det at dersom pasienten har falltendens eller gangvansker foreligger det «en veiledende rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten». Begrunnelsen som fremgår av veilederen er at «helsehjelpen anses å være nyttig» og «helsehjelpen anses å være kostnadseffektiv».¹⁵⁵ Dette medfører at denne tilstanden oppfyller kriteriene i prioriteringsforskriftens § 2 bokstav a og b. Når det gjelder videre fristfastsettelse for senest oppstart av helsehjelpen etter

¹⁵¹ Helsedirektoratet (2015a), s. 2

¹⁵² Helse- og omsorgsdepartementet (2015b), s. 57

¹⁵³ Syse (2015), s. 208

¹⁵⁴ Helsedirektoratet (2015a), s. 2

¹⁵⁵ Helsedirektoratet (2015b), s. 6

prioriteringsforskriften § 2a, anses tilstanden for å være alvorlig, og veiledende frist for start av utredning er satt til 4 uker.¹⁵⁶

I hvert enkelt pasienttilfelle skal det foretas en konkret individuell helhetsvurdering av henvisningen etter pbrl § 2-2 første ledd om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp, og hvilken tidsfrist som skal settes etter pbrl § 2-1b andre ledd. Når det gjelder tilstanden «Falltendens og gangvansker» listes det opp ulike individuelle forhold som kan «endre rettighetsstatus eller frist for start av helsehjelp for enkelte pasienter».¹⁵⁷ Disse individuelle forholdene vil da kunne medføre at pasienten, til tross for å ha falltendens eller gangvansker, ikke oppfyller vilkårene i prioriteringsforskriftens § 2. De individuelle forholdene kan også tilsi at pasienten skal prioriteres høyere eller lavere når det gjelder fristfastsettelse i henhold til «alvorlighet- og hastegrad» i prioriteringsforskriftens § 2a. Eksempelvis viser fallhistorien at tilstanden er så alvorlig at det er uforvarselig med en frist for oppstart av helsehjelpen på 4 uker, og at den må settes til 2 uker. Dersom helsepersonellet velger å fravike veilederen, må det foreligge en forsvarlig begrunnelse for hvorfor den aktuelle veilederen ikke er fulgt. Det vil være i strid med det forvaltningsrettslige likhetsprinsippet dersom prioriteringsveilederen blir fraveket når den ellers legges til grunn i liknende tilfeller.

Veilederen for geriatri viser at det fremdeles er rom for faglig skjønn, selv etter veilederens utpenslingen av vilkårene i prioriteringsforskriften §§ 2 og 2a. Spesialisthelsetjenestens tilbud retter seg mot behandling av pasienter med individuelle utfordringer og behov. Disse kan ikke med sikkerhet forutsies, beregnes eller generaliseres. Gjennom prioriteringsforskrift og prioriteringsveilederne settes det betydelige rammer for det faglige skjønnets nettopp for å fremme formålet om likebehandling. Nødvendigheten av, og behovet for, at det fremdeles er rom for skjønn også i henhold til prioriteringsveilederne har sammenheng med enkelttilfellenes egenart og målsettingen om individuelt tilpassede og faglig forsvarlige tjenester.

¹⁵⁶ Helsedirektoratet (2015b), s. 6

¹⁵⁷ Helsedirektoratet (2015b), s. 6

Prioriteringsforskriften, og prioriteringsveiledere gitt av Helsedirektoratet med normeringsmyndighet etter shl § 7-3 første ledd, taler for at innholdet i retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten er presisert så langt som mulig. Dette for å oppnå formålet om likebehandling, men samtidig gi rom for faglig skjønn i møtet med enkeltindividet. I møtet mellom behandling av mennesker og rettslig regulering bør det alltid være rom for faglig skjønn for å sikre forsvarlig behandling av hvert enkeltindivid og sikre respekten for det objektive menneskeverdet.

4.7 Helsehjelpens art, omfang og kvalitet

Ovenfor ble vilkårssiden av pbrl § 2-1b andre ledd analysert. Spørsmålet var hvem som er forpliktet til å yte helsehjelpen, hvem som er berettiget til nødvendig helsehjelp og hva som skal til for å oppfylle vilkåret om behov for «nødvendig» helsehjelp. I det følgende vil rettsfølgesiden bli analysert, herunder spørsmålet om i hvilken grad reglene er faste eller vurderingspregede. Spørsmålet som reiser seg i dette punktet blir derfor hvilken art, omfang og kvalitet på helsehjelpen pasienten er berettiget til. Spesialisthelsetjenesteloven gir ikke en klar definisjon av begrepet spesialisthelsetjeneste, men det kan tolkes dithen at tjenester som faller innenfor annen helselovgivning faller utenfor. Dette gjelder da lovene om kommunale helse- og omsorgstjenester, tannhelsetjenester og barnevernstjenester.¹⁵⁸

Når det gjelder hvilke spesialisthelsetjenester som skal ytes, følger det av shl § 2-1a første ledd hvilke spesialisthelsetjenester de regionale helseforetakene skal tilby: sykehustjenester, medisinske laboratorietjenester og radiologiske tjenester, akuttmedisinsk beredskap, medisinsk nødmeldetjeneste, ambulansetjeneste, tverrfaglig spesialisert behandling av rusmiddelavhengighet og syketransport. Det følger videre av forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven at de regionale helseforetakene har plikt til å sørge for «helsetjenester som ytes av helsepersonell og som har forebyggende, diagnostisk, helsebevarende, rehabiliterende og pleiende og omsorgsgivende

¹⁵⁸ Kjønstad & Syse (2012), s. 233, Barnevernsloven (1992), Tannhelsetjenesteloven (1983)

formål.»¹⁵⁹ Nærmere presisering av hvilken type helsehjelp som skal gis fremgår naturlig nok ikke av lov eller forskrift. Den må bero på medisinskfaglige vurderinger i hvert enkelt tilfelle hvor det som regel kreves samtykke fra pasienten etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4. Ut fra kravet til faglig forsvarlighet vil legen til enhver tid gi den medisinske undersøkelsen og behandlingen som anses forsvarlig. Dette fremgår også av Fusadommen, Rt 1990 s. 874, hvor førstvoterende utaler at «hvilke ytelser som skal gis beror på et forvaltningsskjønn.»¹⁶⁰ Følgesiden når det gjelder hvilken helsehjelp som skal gis er derfor ikke preget av faste regler slik som eksempelvis ved utløsning av barnetrygd på en konkret sum etter barnetrygdloven § 10.¹⁶¹

På den annen side legges det i denne fremstillingen til grunn at prioriteringsveilederne er en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Siden prioriteringsveilederne har rettslig betydning ved vurderingen av hvilken helsehjelp pasienten har krav på, indikerer de derfor også i en del tilfeller hvilken helsehjelp som kan være aktuell. Dette varierer fra veileder til veileder, men alle tilstander i veilederne har et eget punkt som heter «aktuell helsehjelp i spesialisthelsetjenesten». Det fremgår av flere av veilederne en vag formulering som «utredning» eller «utredning og behandling», mens i andre veiledere er dette punktet nærmere presisert. I prioriteringsveilederen for geriatri som brukes som illustrasjon i denne fremstillingen er punktet lite utfyllende og det fremgår bare at aktuell helsehjelp i spesialisthelsetjenesten er «utredning».¹⁶² Veilederen gir derfor ikke et videre bidrag til tolkning av helsehjelpens art.

I motsetning til dette gir den andre veilederen som benyttes som illustrasjon, «Prioriteringsveileder – habilitering av barn og unge i spesialisthelsetjenesten», og tilstanden «Forsinket utvikling/forsinkelse i kognitiv funksjon» en mer inngående beskrivelse under punktet «Aktuell helsehjelp i spesialisthelsetjenesten».¹⁶³ Etter veilederen fremgår det en nærmere

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 63 (2002-2003), s. 26

¹⁶⁰ Rt 1990 s. 874 på s. 888

¹⁶¹ Barnetrygdloven (2002)

¹⁶² Helsedirektoratet (2015b), s. 5 og 6

¹⁶³ Helsedirektoratet (2015c), s. 9

presisering av hvilken type utredning som kan være aktuell, blant annet: «kognitiv vurdering», «barnenevrologisk undersøkelse», «sanseutredning», «utredning av kommunikasjon og språk» og «utredning av motorikk». Som rettskilde med betydning for utfylling av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, pbrl § 2-1b, innebærer dette at dersom pasienten har forsinket utvikling, eller forsinkelse i kognitiv funksjon, vil arten av helsehjelpen kunne være de ovenfor nevnte utredningene.

Dette kan tale for at det gjennom prioriteringsveilederne som relevant rettskildefaktor også er noe mer presise regler på rettsfølgesiden når det gjelder helsehjelpens art. Dette medfører at helsehjelpens art er noe mindre vurderingspreget enn det ville vært uten prioriteringsveilederne. Dersom de ulike typene for utredning som er nevnt i denne prioriteringsveilederen blir fraveket i en klagesak for Fylkesmannen etter pbrl § 7-2, må avviket kunne begrunnes i særlige individuelle forhold for ikke å være i strid med det forvaltningsrettslige likhetsprinsippet.¹⁶⁴

Når det gjelder helsehjelpens omfang må også dette bestemmes ut fra en medisinskfaglig vurdering. Dette er en skjønnsmessig vurdering som beror på det som til enhver tid anses som faglig forsvarlig. Helsepersonellet skal her både yte forsvarlig helsehjelp til den enkelte pasient, og samtidig foreta en forsvarlig forvaltning av ressurser. Pasienten har rett til en minstestandard som ligger i kravet til forsvarlig helsehjelp etter hpl § 4 og shl § 2-2, samtidig som ressursene skal forvaltes etter hpl § 6 og shl § 1-1 nr 4. Pasienter som oppfyller vilkårene om rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter § 2-1b andre ledd, har følgelig ikke rettskrav på et bestemt omfang av helsehjelp.

Helsehjelpens kvalitet etter pbrl § 2-1b andre ledd er videre ikke presisert med faste regler eller kriterier, men beror på en faglig skjønnsmessig vurdering i hvert konkrete tilfelle. Ut fra kravet til faglig forsvarlighet er helsepersonellet forpliktet til å yte en helsehjelp som kvalitetsmessig er forsvarlig. Dette medfører at helsehjelpen som gis skal være god, og normen er god praksis. Grensen mot det uforsvarlige trekkes, som vi har sett i kapittel 3 ved å si at det foreligger relativt klare avvik fra det gode. Kvaliteten på

¹⁶⁴ Syse (2015), s. 211 og 280, Helse- og omsorgsdepartementet (2015b), s. 58

helsehjelpen blir derfor en skjønnsmessig avgjørelse som tas i møtet med den individuelle pasienten i hvert konkrete tilfelle.

Både når det gjelder helsehjelpens omfang og kvalitet gir ikke prioriteringsveilederne ytterligere bidrag. Rettsfølgesiden er derfor fremdeles svært vurderingspreget noe som kjennetegner en svak rettighet.

4.8 Frist for når helsehjelpen skal ytes

En del av rettsfølgesiden ved retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten er også hvilken tidsfrist som skal settes for når helsehjelpen skal ytes. Spørsmålet er om det foreligger en presis tidsfrist, eller om også denne er vurderingspreget? Det følger av pbrl § 2-1b andre ledd at «spesialisthelsetjenesten skal i løpet av vurderingsperioden, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-2, fastsette en frist for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp. Fristen skal settes i samsvar med det faglig forsvarlighet krever.» Bestemmelsen må derfor ses i sammenheng med retten til vurdering etter pbrl § 2-2 første ledd. Det følger av denne bestemmelsen at spesialisthelsetjenesten i løpet av 10 virkedager skal gi pasienten informasjon om han eller hun har rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd og hvilket tidspunkt som skal settes «for når utredning eller behandling skal settes i gang.» Dette er en endring fra tidligere regulering. Det fulgte av pbrl § 2-2 første ledd frem til lovendringen 1. november 2015 at pasienten hadde «rett til å få sin helsetilstand vurdert innen 30 dager fra henvisning var mottatt».¹⁶⁵ Dette innebærer en styrking av retten til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten ved en forkortelse av vurderingstiden med 20 dager. Lovgiver ønsker med denne endringen å sikre at spesialisthelsetjenesten raskere vurderer og prioriterer henvisningene slik at alvorlig syke sikres rask behandling. Et annet formål med endringen er at fastlege og pasient raskere vil få tilbakemelding om resultatet av vurderingen.¹⁶⁶

I løpet av vurderingsperioden på 10 dager skal spesialisthelsetjenesten sette en tidsfrist for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp, jf. pbrl § 2-1b

¹⁶⁵ Historisk versjon av pbrl § 2-2, opphevet ved lovendringen 1. november 2015.

¹⁶⁶ Prop. 118 L (2012-2013), s. 103

andre ledd andre setning. Det skal settes individuell frist for hver enkelt pasient. Det følger av forarbeidene at fristen gjelder både utredning og behandling alt etter om pasientens tilstand er avklart eller uavklart. Er pasientens helsetilstand avklart, skal det settes en frist for senest oppstart av behandling som vil anses oppfylt når behandlingen er påbegynt. Er derimot helsetilstanden uavklart skal det settes en frist for senest oppstart av utredning. Fristen anses oppfylt når helsehjelp i form av utredning er igangsatt før fristens utløp.¹⁶⁷

Fristfastsettelsen må videre sees i sammenheng med prioriteringsforskriftens § 2a. Det følger av denne bestemmelsen at «spesialisthelsetjenesten skal prioritere pasienter med rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten ut fra alvorlighet- og hastegrad.» Det er med andre ord alvorlighetskriteriet som skal ligge til grunn for den faglige vurderingen av hvilken tidsfrist som skal settes. Dette er et vurderingspreget kriterium hvor prioriteringsveilederne videre setter veiledende frister for når helsehjelp skal startes opp. Det følger av «Prioriteringsveilederne – geriatri» og tilstanden «Falltendens og gangvansker» en veiledende tidsfrist på 4 uker for oppstart av helsehjelp. Fristene som fremgår av den enkelte prioriteringsveileder er en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av innholdet i retten til nødvendig helsehjelp, og den tidsfristen som skal settes i medhold av forsvarlighetskravet. Fristen for når helsehjelpen skal ytes er vurderingspreget, men prioriteringsforskriften og prioriteringsveilederne setter likevel rammene for det faglige skjønnnet. Dette bidrar til at retten til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten blir mer forutsigbar og mindre skjønnspreget og dermed sterkere i henhold til Kjønstads analysemodell.

Et videre spørsmål er hvilke rettssikkerhetsgarantier pasienten har dersom han eller hun ikke får helsehjelp innen fristens utløp. Det følger av pbrl § 2-1b fjerde ledd at «dersom det regionale helseforetaket ikke har sørget for at en pasient med rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten får den nødvendig helsehjelpen innen tidsfrist fastsatt i medhold av annet ledd, har pasienten rett til nødvendig helsehjelp uten opphold, om nødvendig fra privat tjenesteyter eller tjenesteyter utenfor riket.» Dette må videre ses i sammenheng med pbrl § 2-2 andre ledd hvor det følger at «dersom

¹⁶⁷ Prop. 118 L (2012-2013), s. 102 og 103

spesialisthelsetjenesten ikke gi pasienten et tidspunkt før fristen for når nødvendig helsehjelpen senes skal gis, eller tidspunktet senere må endres slik at fristen ikke overholdes, skal spesialisthelsetjenesten umiddelbart kontakte HELFO». ¹⁶⁸

Dette er en forbedring av pasientens rettssikkerhet da det etter tidligere regulering var pasienten selv som ved fristbrudd måtte kontakte HELFO for å få hjelp til å få sin rettighet oppfylt. Dette medførte at rettigheten kun ble sikret av pasienter som kjente til rettigheten, var aktive, og selv kontaktet HELFO. Det fremgår av forarbeidene til ny regulering at andelen pasienter som benyttet seg av denne rettigheten var lav. ¹⁶⁹ Det er derfor en betydelig forbedret rettssikkerhetsgaranti at det ikke er opp til pasienten selv å melde fra om fristbrudd, men spesialisthelsetjenestens plikt å følge opp og sørge for at pasienten får helsehjelpen innen forsvarlig tidsfrist i tråd med det han/hun har krav på. Dette har gjort retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten til en sterkere rettighet enn etter tidligere regulering.

4.9 Hvor skal helsehjelpen ytes?

Utgangspunktet er at helseforetaket bestemmer hvilket helseforetak eller sykehus som skal yte helsehjelpen, ¹⁷⁰ men etter pbrl § 2-4 første ledd har pasienten «rett til å velge ved hvilken offentlig eller privat virksomhet henvisningen skal vurderes jf. § 2-2», og etter andre ledd kan pasienter som har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, jf. § 2-1 b andre ledd, «velge ved hvilken offentlig eller privat virksomhet helsehjelpen skal ytes.» Denne retten til fritt sykehusvalg øker pasientens valgfrihet og mulighet til medbestemmelse. Pasienten kan velge mellom alle regionale helseforetak og alle private sykehus som har avtale med et regionalt helseforetak. Dersom det eksempelvis finnes ledig kapasitet ved en institusjon som ikke er i

¹⁶⁸ HELFO Helseøkonomiforvaltningen er helsedirektoratets ytre etat. HELFO forvalter refusjonsordningene, og all saksbehandling og utbetaling foregår i HELFO. HELFO sørger også for at befolkningens sentrale helserettigheter blir ivaretatt og har ansvar for blant annet fastlegebytte, frikort og behandlingstilbud ved fristbrudd.

¹⁶⁹ Prop 118 L (2012-2013), s. 53

¹⁷⁰ Kjønsstad & Syse (2012), s. 235

pasientens bostedsregion, vil han eller hun kunne få raskere behandling ved å velge dette tilbudet.

Pasienten har videre rett til fritt sykehusvalg fra første dag, noe som innebærer fritt sykehusvalg både for retten til vurdering etter pbrl § 2-2 første ledd og for behandling dersom man har rettskrav på nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd. Det er likevel viktig å presisere at retten ikke gjelder en rett til å velge en mer spesialisert behandling enn det pasienten er henvist for. Dette fremgår av pbrl § 2-4 tredje ledd som presiserer at «pasienten kan ikke velge behandlingsnivå». ¹⁷¹

Retten til å velge hvor helsehjelpen skal ytes er med å styrke retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Dette står i motsetning til retten til nødvendig helsehjelp fra kommunen, jf. pbrl § 2-1a andre ledd, som ikke gir pasienten rett til å velge hvor helsehjelpen skal ytes. Det er opp til kommunene å velge mellom de ulike omsorgsformene, som eksempelvis helsehjelp i hjemmet eller helsehjelp i institusjon. ¹⁷² Dette utgangspunktet blir også lagt til grunn i Fusadommen Rt 1990 s. 874 hvor førstvoterende uttalte at «hvilke ytelser som skal gis beror på et forvaltningsskjønn.» ¹⁷³ Foruten en styrking av den individuelle retten, har retten til fritt sykehusvalg en side til forvaltningen av felleskapets ressurser. Dette da det også er lovgivers intensjon å optimalisere ressursutnyttelsen. På denne måten kan ledige ressurser utnyttes på tvers av helseregionene og på tross av administrative inndelinger. En av intensjonen bak pbrl § 2-4 var å bidra til å fjerne geografiske grenser som barriere for hensiktsmessig ressursutnyttelse. ¹⁷⁴

Et annet moment er at pasienten har betinget rett til å få helsehjelp i utlandet. Det følger av pbrl § 2-1b femte ledd at «dersom det regionale helseforetaket ikke kan yte helsehjelp til en pasient som har rett til nødvendig helsehjelp fordi det ikke finnes et adekvat tilbud i riket, har pasienten rett til nødvendig helsehjelp fra tjenesteyter utenfor riket innen den frist som er fastsatt etter annet ledd.» Dette innebærer at der det eksempelvis eksisterer et anerkjent behandlingstilbud i utlandet som ikke er utbygd i tjenestetilbudet i Norge, vil

¹⁷¹ Syse (2015), s. 232

¹⁷² Kjønsstad & Syse (2012), s. 197

¹⁷³ Rt. 1990 s. 874 på s. 888

¹⁷⁴ Syse (2015), s. 230

pasienten ha rett til nødvendig helsehjelp fra tjenesteyter utenfor riket innen forsvarlig frist fastsatt etter pbrl § 2-1b andre ledd. Det kan for eksempel skyldes at det er svært få pasienter som trenger denne type behandling og at det derfor vil være svært kostnadskrevende for det offentlig finansierte helsevesenet å legge til rette for dette tilbudet. Et annet moment er at pasientgrunnlaget er så lite at det ikke vil kunne opprettholdes et faglig forsvarlig nivå på helsehjelpen.¹⁷⁵ Det er likevel viktig også her å presisere at dersom det eksisterer et anerkjent og forsvarlig behandlingstilbud i Norge, jf. ordet «adekvat», medfører ikke denne retten at pasienten har rett til behandling i utlandet selv om det der kan være et tilbud om mer avansert behandling.¹⁷⁶

Samlet medfører både retten til fritt sykehusvalg etter pbrl § 2-4 og den betingede retten til behandling i utlandet etter pbrl § 2-1b femte ledd en styrking av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Rettsfølgesiden er mindre vurderingspreget når det gjelder hvor helsehjelpen skal ytes, og gir pasienten øket rettssikkerhet.

4.10 Klage og domstolskontroll

Avgjørelsen om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten med etterfølgende fristfastsettelse er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, jf. fvl § 2 første ledd bokstav b.¹⁷⁷ I pbrl § 2-7 første ledd er det likevel fastslått at forvaltningsloven kapittel IV og V ikke gjelder for «vedtak som treffes etter dette kapittelet». Beslutningen om det foreligger en rett til helsehjelp blir truffet av helsepersonellet, i hovedsak leger. I de fleste tilfeller i løsere former enn reglene for enkeltvedtak etter forvaltningsloven kapittel IV. Dette da legens oppmerksomheten skal være rettet mot det helsefaglige i større grad enn det juridiske. Pasient- og brukerrettighetsloven inneholder imidlertid noen viktige bestemmelser som skal sørge for at pasientens rettssikkerhet ivaretas. Pasientens har rett til å klage på vedtak fattet i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 2 jf. kapittel

¹⁷⁵ Syse (2015), s. 199

¹⁷⁶ Syse (2015), s. 200

¹⁷⁷ Forvaltningsloven (1967)

7. En annen viktig rettssikkerhetsgaranti er at forvaltningsvedtaket kan bringes inn for de ordinære domstoler til overprøving. I det følgende vil det kort gjøres rede for rettssikkerhetsgarantiene klage og domstolskontroll ved retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

4.10.1 Klage

Pasientens mulighet til å klage følger av prbl § 7-2 første ledd hvor det fremgår at pasienten kan klage til Fylkesmannen dersom han mener at retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter prbl § 2-1b andre ledd er brutt. En pasient kan klage både på avgjørelsen om at det foreligger en rett til helsehjelp, og på tidsfristen som er satt for oppstart av behandlingen. Etter prbl § 7-5 er klagefristen satt til fire uker «etter at vedkommende fikk eller burde ha fått tilstrekkelig kunnskap til å fremme en klage». Etter prbl § 7-6 første ledd gjelder forvaltningslovens saksbehandlingsregler for klager over enkeltvedtak «så langt de passer, med de særlige bestemmelser som er gitt i dette kapittelet.»

Etter norsk rett gjelder det alminnelige prinsippet om at klageinstansen har full overprøvingsrett.¹⁷⁸ Det følger av forvaltningsloven § 34 andre ledd at «klageinstansen kan prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan ta opp forhold som ikke er berørt av ham.» Ved overprøving av enkeltvedtak fattet av spesialisthelsetjenesten kan Fylkesmannen prøve alle sider av saken. Dette gjelder både om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, og tidsfristen som er satt for oppstart av behandlingen. Dette følger antitetisk av fvl § 34 andre ledd tredje punktum hvor det heter: «Der statlige organ er klageinstans for vedtak truffet av kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn.»

Fylkesmannen er et statlig organ. Det er derfor en begrensning i overprøvingen av vedtak fattet av kommunen slik som retten til nødvendig helsehjelp etter prbl § 2-1a andre ledd, men ikke ved overprøving av vedtak

¹⁷⁸ Kjønstad & Syse (2012), s. 252

fattet av spesialisthelsetjenesten der staten er eier. Begrensningen i overprøvingen av kommunale vedtak følger også av pbrl § 7-6 første ledd andre punktum hvor det fremgår at «Fylkesmannen skal ved overprøving av kommunale vedtak om helsetjenester legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. forvaltningsloven § 34». Dette innebærer at Fylkesmannens kompetanse er mer omfattende ved overprøving av om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd sammenliknet med overprøving av kommunens vedtak etter § 2-1a andre ledd. Rettsikkerheten er derfor større for pasienter som klager på avgjørelser om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd, noe som gjør dette til en sterkere rettighet enn retten til nødvendig helsehjelp fra kommunen.

4.10.2 Domstolskontroll

Et vedtak om at det foreligger rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, og en påfølgende avgjørelse i en klagesak, kan bringes inn for de alminnelige domstolene for overprøving. Det følger av forvaltningsloven § 27 b at «det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket, kan bestemme at søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak ikke skal kunne reises uten at vedkommende part har nyttet sin adgang til å klage over vedtaket, og at klagen er avgjort av den høyeste klageinstans som står åpen.» I denne sammenheng må det foreligge en avgjørelse av Fylkesmannen. Domstolen kan videre foreta en legalitetskontroll som innebærer en prøving av lovmessigheten av avgjørelsen. Denne kompetansen fremgår ikke av Grunnloven men er slått fast gjennom tolkningen av Grl § 88 første ledd i lys av sikker praksis i 200 år.¹⁷⁹

Spørsmålet som videre reiser seg er hvor langt domstolens prøvingskontroll går. Det er en rettslig oppgave å tolke innholdet av lover og forskrifter, også kalt legalitetskontroll. Når det gjelder forvaltningens frie skjønn, kan dette som hovedregel ikke overprøves bortsett fra spørsmål om myndighetsmisbruk.¹⁸⁰ Dette bygger på den konstitusjonelle

¹⁷⁹ Kjønsstad & Syse (2012), s. 255, Eckhoff & Smith (2010), s. 539, Grunnloven (1814)

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 146

arbeidsfordelingen mellom domstolene og den utøvende makt.¹⁸¹ Utfordringene kommer ved lovens anvendelse av vage, vurderingspregede og skjønnsmessige ord. Ordlyden «nødvendig helsehjelp» er som nevnt ovenfor en rettslig standard som viser til vurderingsnormer utenfor loven selv. Den generelle tolkningen av dette uttrykket er en rettslig oppgave. Spørsmålet som videre reiser seg er hvor langt domstolen kan overprøve selve subsumsjonen. I denne sammenheng er dette et spørsmål om det foreligger rett til «nødvendig helsehjelp» i det foreliggende faktiske tilfellet. Kan domstolene overprøve helsetjenestens konkrete vurdering av om helsehjelpen er «nødvendig», med andre ord om pasienten har rett til helsehjelp?

Skillet mellom tolkning og subsumsjon er ikke skarp, noe som medfører at desto lengre lovtolkningen går i utpenslingen av innholdet i ordlyden «nødvendig» desto mindre gjenstår av vurderingen av om fakta i den konkrete saken dekkes av pbrl § 2-1b andre ledd. Gjennom forskrift og prioriteringsveiledere, har lovgiver og helsemyndighetene gått langt i å utpensle innholdet i «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten. Illustrerende er prioriteringsveilederen for geriatri som blir brukt i denne fremstillingen. Dersom pasienten har sykdomstilstanden «falltendens og gangvansker» som følger av veilederens punkt 2.2 anses pasienten å oppfylle vilkåret om «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten.¹⁸² Dette overlater lite til subsumsjonen. Det er derfor langt på vei mulig å fastlegge det juridiske innholdet i «nødvendig helsehjelp» som taler for at overprøving kan finne sted.

På den andre siden er domstolen tilbakeholden med å overprøve subsumsjonsskjønnet dersom det forvaltningsorganet som treffer avgjørelsen har særlig kompetanse på feltet. Ved vurderingen av om det foreligger rett til «nødvendig helsehjelp» etter pbrl §§ 2-2 første ledd jf. 2-1b andre ledd er det helsepersonell, i hovedsak leger, som foretar den skjønnsmessige vurderingen. Leger har en særlig faglig kompetanse på dette feltet som derfor kan tale mot at domstolene skal kunne overprøve det faglige skjønnnet.

¹⁸¹ Eckhoff & Smith (2010), s. 544

¹⁸² Helsedirektoratet (2015b), s. 6

Domstolene er likevel mer tilbøyelige til å overprøve moralske vurderinger, enn mer politisk pregede vurderinger, eksempelvis når loven bruker ordlyden «samfunnsmessige hensyn».¹⁸³ Dette har sammenheng med arbeidsdelingen mellom lovgivende, utøvende og dømmende makt, hvor dømmende makt skal tolke lover og forskrift og ikke foreta politiske og økonomiske vurderinger. Tolkningen av om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten inneholder moralske elementer. Dette gjelder både for hvor grensen går for hva som skal kunne tilbys av det offentlige, og om pasienten har fått oppfylt sin rett til en minstestandard hva angår tjenestens kvalitet. Dette taler for at domstolene vil kunne overprøve forvaltningsskjønnet. Også domstolens ønske om å komme til et rimelig resultat vil ved vurderingen av hvor grensen går for domstolens prøvingsrett tale for at prøvingsmyndigheten går lengre enn den ellers ville ha gjort. Dette gjelder spesielt i tilfeller som Fusadommen, Rt. 1990 s. 874, der resultatet ellers ville fremstått som åpenbart urimelig.¹⁸⁴ Gode grunner taler derfor for at pasienter har mulighet for å få overprøvet avgjørelser om rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten ved domstolene.

Det neste spørsmålet som reiser seg er om domstolen kan treffe ny realitetsavgjørelse eller om saken må sendes tilbake til forvaltningen for å avgjøres der. Vi er kommet frem til at domstolen kan overprøve det skjønnsmessige uttrykket «nødvendig» etter pbrl § 2-1b andre ledd og derfor eventuelt komme til at pasienten ikke har fått «nødvendig helsehjelp» som hun/han hadde rett til. Vedtaket kan da kjennes ugyldig. Når det gjelder spørsmålet om domstolen kan treffe ny realitetsavgjørelse skilles det i teorien mellom tre hovedtyper av situasjoner. For det første strengt lovbundne vedtak hvor ingenting er overlatt til forvaltningens skjønn. I disse tilfellene kan domstolen avgjøre realiteten. For det andre situasjoner der vedtaket delvis beror på skjønn, hvor domstolen også kan avgjøre realiteten. Den tredje situasjonen gjelder tilfeller der lovligheten beror på vurderinger av svært skjønnsmessig eller faglig karakter slik som vurderingene etter pbrl § 2-1b andre ledd.

¹⁸³ Eckhoff & Smith (2010), s. 403, Kjønsstad & Syse (2012), s. 256

¹⁸⁴ Kjønsstad & Syse (2012), s. 256, Eckhoff & Smith (2010), s. 404

Hovedregelen er da at domstolen opphever vedtaket og ikke selv avgjør realiteten, men sender det tilbake til forvaltningen for ny behandling.¹⁸⁵ Dette fremgår også av forarbeidene til tvisteloven, hvor det følger at domstolen etter tradisjonell norsk rett ikke har adgang til å gi realitetsdom når lovligheten beror på svært skjønnsmessige vurderinger.¹⁸⁶ Dette fremgår også av rettspraksis. I Rt 2009 s. 170, som gjaldt voldsoffererstatning slo Høyesterett fast at domstolen bare unntaksvis kan avsi realitetsdom når et forvaltningsvedtak prøves. Dette gjaldt tilfeller der det ville være unødig formalisme å sende saken tilbake til forvaltningen for ny behandling.¹⁸⁷ Den generelle arbeidsfordelingen mellom domstoler og forvaltning kunne som hovedregel ikke fravikes.¹⁸⁸ Gode grunner taler derfor for at det som hovedregel ikke kan treffes ny realitetsavgjørelse for om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd. Vedtaket må sendes tilbake til spesialisthelsetjenesten for å avgjøres der.

4.11 Helhetsvurdering av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten.

Ovenfor er innholdet i retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten tolket i lys av begrensningene som følger av prioriteringsforskriften, som er ytterligere presisert i prioriteringsveilederne. I utpenslingen av rettigheten er også kravet til faglig forsvarlighet, likebehandling, rettssikkerhet og respekten for det objektive menneskeverdet lagt til grunn.

4.11.1 Vilkårsiden

Vilkårsiden i pbrl § 2-1b andre ledd er fremdeles vurderingspreget. Ordlyden i selve bestemmelsen er blitt mindre presis, noe som taler for at rettigheten er blitt svakere. Det er likevel prioriteringsforskriften som angir rammene for rettigheten der vilkårene for om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp

¹⁸⁵ Eckhoff & Smith (2010), s. 547, Kjønsstad & Syse (2012), s. 257

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 146

¹⁸⁷ Rt. 2009 s. 170 avsnitt 48

¹⁸⁸ Rt. 2009 s. 170 avsnitt 52

fremgår av bestemmelsene i § 2. Den nærmere utpenslingen av rettigheten i prioriteringsforskriften og prioriteringsveilederne gjør at rettigheten består av fastere regler enn det som fremgår direkte av ordlyden. Dette taler for at rettigheten er styrket. Som vi har sett ovenfor er tilstandens alvorlighet ikke lengre et vilkår for om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp. Dette medfører at flere pasienter etter gjeldende rett vil få en rett til nødvendig helsehjelp med påfølgende rett til frist for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp jfr pbrl § 2-1b andre ledd. Dette taler ytterligere for at rettigheten er styrket.

På den annen side skal det fremdeles prioriteres mellom pasientene etter alvorlighetskriteriet jf. prioriteringsforskriftens § 2a. Dette tyder på at det i realiteten ikke er noen endring i hvordan helsetjenesten skal prioritere mellom pasientene. Det er også etter gjeldende rett de mest alvorlige pasientene som skal prioriteres først. Endringene kan derfor forstås som å være av lovteknisk art med de samme tre vilkårene lagt til grunn i Lønning II – utvalget som grunnlag for hvordan ressursene skal forvaltes og pasienter prioriteres. «Inngangsporten» til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter gjeldende rett kan likevel se ut til å være enklere å praktisere for helsepersonell og enklere å forstå for pasientene da det er behovet, jf. «nødvendig», og ikke alvorligheten ved tilstanden, som avgjør om man som pasient har rett til helsehjelp.

Gjennom prioriteringsforskrift og utarbeidelse av veiledere etter shl § 7-3 første ledd fremmes formålet om lik tilgang til tjenester etter formålsbestemmelsen i pbrl § 1-1 første ledd. Vilkårssiden kan etter ordlyden i lovteksten fremstå som like vurderingspreget som retten til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten etter 2-1a andre ledd hvor ordlyden etter gjeldende rett er den samme: «rett til nødvendig helsehjelp». Etter begge bestemmelsene fremstår nå rettigheten som en rettslig standard. Dette er i tråd med norsk lovgivningsteknikk hvor det gis rom for dynamisk utvikling av retten gjennom vurderingspregede formuleringer som viser til normsett utenfor loven selv. Systemhensyn taler derfor for den nye reguleringsformen. På den annen side er det blitt vanskelig for pasienter å kunne forutsi sin rettsstilling etter pbrl § 2-1b andre ledd. Det fremgår ikke av

ordlyden at det må foretas en avveining etter gitte kriterier mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser.

4.11.2 Rettsfølgesiden

Rettsfølgesiden er også vurderingspreget etter gjeldende rett. Det fremgår ikke av bestemmelsen hvilken art, omfang og kvalitet helsehjelpen skal omfatte. Dersom vilkårsiden er oppfylt, foreligger det altså ikke en rett til en bestemt ytelse. Det er likevel viktig å presisere at kravet om forsvarlighet legger til grunn en minstestandard som er gjeldende ved vurderingen av helsehjelpens art, omfang og kvalitet. Vi har imidlertid konstatert at rettigheten er noe mindre vurderingspreget enn retten til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten etter pbrl § 2-1a andre ledd. Grunnen til dette er at prioriteringsveilederen også til en viss grad utpensler rettsfølgesiden. Dette både når det gjelder helsehjelpens art, og ved fastsettelse av frist for når helsehjelpen skal ytes.

Det er ved fristfastsettelse etter prioriteringsforskriftens § 2a pasienter og helsepersonell i hovedsak møter prioriteringsvurderingen. Den mest alvorlig syke pasienten vil bli prioritert før en mindre alvorlig tilstand som dermed får lengre maksimumsfrist for oppstart av helsehjelp. Den reelle ventetiden for en tidligere behovspasient kan etter gjeldende rett være den samme, men pasienten har nå en fristdato å forholde seg til. Det forhold at betydelig flere pasienter får en fristdato å forholde seg til taler for at rettigheten er styrket i tråd med lovgivers intensjon. Fristdatoen øker rettssikkerheten for pasienten, men den prioriterte plass i køen kan se ut til å være den samme som etter tidligere regulering. En ytterligere styrking av rettsfølgesiden følger av at det nå er spesialisthelsetjenesten som skal kontakte HELFO dersom fristen ikke overholdes, jf. pbrl § 2-1b fjerde ledd jf. pbrl § 2-2 andre ledd. Det samme gjør retten til fritt sykehusvalg etter pbrl § 2-4 første ledd.

Videre har vi sett at muligheten for klage og domstolskontroll er sterkere etter pbrl § 2-1b andre ledd enn etter § 2-1a andre ledd. Helhetlig sett er derfor retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten mindre vurderingspreget enn retten til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten. Gjennom prioriteringsforskriften og

prioriteringsveilederne er rettskildesituasjonen langt mer utfyllende for spesialisthelsetjenesten, da det ikke foreligger forskrift som utfyller retten til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten etter pbrl § 2-1a. Rettigheten er likevel ikke å anse som en klassisk sterk rettighet hvor man har rettskrav på bestemte ytelser. Det må etter både pbrl § 2-1a andre ledd og 2-1b andre ledd konkurreres om begrensede ressurser.

Tema for denne oppgaven er den verdiavveiningen som må foretas mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser etter pbrl § 2-1b andre ledd. Etter momentene ovenfor har lovgiver gått lengre for å styrke innbyggernes rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten enn fra kommunehelsetjenesten. Likevel ivaretas hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser. Med det økende helsegapet som samfunnet står ovenfor både nasjonalt og internasjonalt vil det være nødvendig for lovgiver å legge til grunn ressurshensyn.¹⁸⁹ Dette taler for at styrken i retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten er på det nivået som anses rimelig for å ivareta balansen mellom hensynet til enkeltindividet og hensynet til forvaltningen av fellesskapets ressurser.

Etter lovendringen 1. november 2015 fremgår ikke denne verdiavveiningen av lovens ordlyd. Nedenfor vil jeg derfor drøfte i hvilken grad gjeldende regulering fungerer som et virkemiddel som fremmer balansen mellom individ og felleskap. Da helselovgivning i stor grad tolkes og anvendes av ikke-jurister vil den rettspolitiske drøftelsen bli belyst både med tanke på pasienten og helsepersonellet som lovanvendere.

¹⁸⁹ Mørland et al. (2010), s. 398

5 Lovgivning som virkemiddel for å understøtte balansen mellom individ og felleskap.

5.1 Innledning

I de foregående kapitlene har jeg drøftet gjeldende rett med utgangspunkt i det foreliggende kildematerialet. Kapittel 5 er viet til rettpolitiske vurderinger. Rettspolitikk skiller mellom vurderinger «de lege ferenda», som er betraktninger og vurderinger av hvordan reglene bør være, og «de sententia ferenda» som er betraktninger om hvordan det bør dømmes i domstolene på basis av det eksisterende kildematerialet.¹⁹⁰ I dette kapittelet vil det foretas en rettspolitisk analyse med fokus på hvordan rettsreglene om tildeling og prioritering av helsehjelp i spesialisthelsetjenesten etter min oppfatning burde utformes i lys av de skisserte utfordringene.

Reguleringen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten er i stadig endring, og er et vanskelig område å regulere. Dette på grunn av det økende «helsegapet», nærmere bestemt et stadig større misforhold mellom behovet for helsetjenester og tilgjengelige ressurser. Hvordan helseressursene skal forvaltes, og hvilke kriterier som skal ligge til grunn for å ha en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten er i større grad drøftet i det medisinske enn i det juridiske fagmiljøet. Dette er kanskje ikke så uventet da det er helsepersonell som daglig står i utfordringene når det gjelder balansen mellom å ivareta pasientens behov og kravet til faglig forsvarlig helsehjelp på den ene siden, og forvaltning av begrensede ressurser på den andre siden.

Lovgivning er et viktig politisk virkemiddel for å nå bestemte mål. Med bindende virkning fastlegger lovgivningen rettigheter og plikter, finansiering og organisatoriske forhold. Formålet med pbrl § 2-1b andre ledd er å sikre pasienten en rett til nødvendig helsehjelp i tråd med formålet i pbrl § 1-1 første ledd om å gi befolkningen «lik tilgang på tjenester av god kvalitet».

¹⁹⁰ Fleischer (1998), s. 212

Dette setter også denne bestemmelsen inn i den europeiske, demokratiske tradisjonen som er blitt tolket som en kontinuerlig søken etter balanse mellom det individuelle og det kollektive. På individnivå skal den enkelte ha mulighet til å delta i samfunnet blant annet gjennom oppfyllelse av grunnleggende behov og rettigheter. På det kollektive nivå skal det treffes beslutninger på vegne av fellesskapet om verdi-, interesse- og fordelingsspørsmål.¹⁹¹

5.2 Pasienten: enkeltindivid og samfunnsmedlem

Gjennom de siste tiårene har befolkningen fått stadig flere rettigheter. Dette viser seg også i helselovgivningen hvor det spesielt på 90-tallet ble vedtatt flere rettigheter. Parallelt med rettsliggjøringen og fokuset på individuelle rettigheter har samfunnet også blitt mer individfokusert. Pasientene er ofte mer velinformerte og oppfattes i større grad som forbrukere av helsetjenester. Mange har til dels urealistiske forventninger til hva helsetjenesten kan yte av hjelp.¹⁹² Dette kan også ha sammenheng med at helse oppfattes som et svært viktig velferdsgode. I befolkningen er det derfor blitt vanskelig å få gehør for at det må foretas prioriteringer i ett av verdens rikeste land. Når det gis offentlig støtte til for eksempel et kulturarrangement, kan det være vanskelig for en del pasienter å forstå at deler av helsehjelpen ikke kan finansieres av det offentlige.¹⁹³

5.2.1 Endringer i pasientens holdninger

I vår tid er det ikke uvanlig at pasientene selv har skaffet seg informasjon om faglige forhold knyttet til egen sykdom. Internett er blitt en allment tilgjengelig informasjonskilde som bidrar til at befolkningen opplyses om helsespørsmål i langt større grad enn før. Pasientene er i tillegg til å være bedre informert om helsespørsmål, også langt mer bevisste egne rettigheter. Flere leger uttaler at de i økende grad føler de befinner seg på et «helsemarked» hvor pasienten er en krevende kunde som det er legens oppgave å tilfredsstille. Denne utviklingen utfordrer både den faglige

¹⁹¹ Magnussen & Aasen (2013), s. 381 og 382, Magnussen (2007), s. 156

¹⁹² Førde (2004), s. 958

¹⁹³ Halvorsen (2004), s. 145

kompetansen til helsepersonell og forhold knyttet til ressursbruk i helsetjenesten.¹⁹⁴

Det foreligger videre en konflikt mellom prioriteringshensyn på den ene siden og hensynet til pasientens autonomi på den andre. Legenes økte vansker med å si nei ser ut til å ha sammenheng med den gradvise forskyvningen av makt fra lege til pasient.¹⁹⁵ Samtidig er det en kjensgjerning at det er de mest ressurssterke pasientene som i størst grad krever sin rett. I et norsk studie fremgår det at trusler fra pasienter og pårørende påvirker legens valg.¹⁹⁶ Det ble i studiet foretatt en undersøkelse blant fastleger hvor to likt sammensatte grupper leger fikk presentert ulike pasientscenarier der de skulle bestemme videre strategi. Den ene gruppen fikk i tillegg opplyst at det hadde kommet trusler om negativ omtale i media eller klage til Fylkesmannen. I gruppen leger som mottok trusler valgte betydelig flere å henvise videre til spesialisthelsetjenesten enn det som var medisinsk påkrevd.¹⁹⁷ Det er med andre ord grunn til å anta at de som roper høyest får mer av ressursene i helsevesenet. Antagelig på bekostning av de ressurssvake.¹⁹⁸

Pasientens kunnskap om egen helsetilstand og mulige behandlingsmetoder kan medføre et gap mellom forventninger og faktiske muligheter. På den ene siden er pasientens håp om behandling og helsehjelp, og på den andre siden helsetjenestens mulighet til å oppfylle dette. Den helsemessige gevinst av helsetjenestene har også økt på grunn av stadig mer effektive behandlingsformer. Også dette har bidratt til økte forventninger. Forventningene til helsetjenesten er høyere i rike land enn i fattige land, herunder forventningen om høyere helsegevinst. Forventningsgapet gjør derfor prioriteringsarbeidet vanskeligere fordi befolkningen i liten grad er innstilt på at det må prioriteres.¹⁹⁹

I en undersøkelse i regi av Legeforeningens forskningsinstitutt fra 2000 oppgir 85% av alle norske leger at de ofte eller iblant møter urealistiske

¹⁹⁴ St.meld. nr. 26 (1999-2000), s. 32, Carlsen & Norheim (2005) s. 6

¹⁹⁵ Carlsen & Norheim (2005) s. 7

¹⁹⁶ Kristiansen et al. (2001), s. 1261

¹⁹⁷ Kristiansen et al. (2001), s. 1258

¹⁹⁸ Sagsveen & Rørtveit (2010), s. 588, Carlsen & Riise (2013), s. 356

¹⁹⁹ Nylenna, Andresen, Saunes, & Lindahl (2015) s. 11

forventninger fra pasient og pårørende.²⁰⁰ Videre uttaler fastlegene at de er blitt mer ettergivende for pasientens ønsker på grunn av pasientenes endrede holdninger. Legene oppfatter pasientene som mer kravstore og bevisste på at de har makt, blant annet i forhold til å være en inntektskilde for fastlegen sin. Pasienten har fått forholdsmessig mer å si i de skjønnsmessige avgjørelsene om helsetiltak. Knyttet til dette er det blitt mer problematisk for fastlegene å fungere som «portvakt» i forhold til å begrense unødvendig bruk av helsevesenets ressurser.²⁰¹ Pasientenes styrkede posisjon er i tråd med myndighetenes målsetting om økt pasientdeltakelse, men ikke i henhold til målsettingen om mer rasjonell ressursbruk.

Fastlegens møte med pasientene speiler muligens en generell holdningsendring, nemlig en tendens i tiden til et sterkt fokus mot individet, og mindre på et kollektivt tankesett. Dette kan medføre en viss ubalanse i oppfatningen av hvilke rettigheter som kan forventes i et offentlig finansiert velferdssystem. Et eksempel på denne type holdningsendring hos pasientene fremgår av evalueringen av fastlegeordningen hvor en lege uttaler: «Alle har vi vel skrevet resepter på kortisonkremer og astmamedisin på blå resept uten å være sikre på om tilstanden var kronisk. Har vi ikke det? Jeg mener den kombinasjonen av å ha faste pasienter og forbrukersamfunnets kundekrav; skal ikke vente, skal ha, sant? Og jeg vet ikke hvor gode vi er, jeg vet i hvert fall ikke hvor god jeg er, til å sette grenser i forhold til å styre det.»²⁰² Andre leger uttaler at de følte økte forventninger i form av krav fra pasientene. I tillegg til betegnelsen som pasientens «advokat» ble betegnelser som «tjener» og «kelner» brukt for å beskrive hvordan legene noen ganger opplevde sin rolle som fastlege.²⁰³

Holdningsendringene som ses i samfunnet kan tale for behovet for en lovgivning som tydeligere speiler samfunnsperspektivet, også i rettighetslov, ved uttrykkelig å si at det må foretas en ressursavveining etter gitte kriterier ved tildeling av helsetjenester fra spesialisthelsetjenesten.

²⁰⁰ Bringedal, Iversen, & Kristiansen (2003), s. 33, Gulbrandsen, Førde, & Aasland (2002), s. 1876

²⁰¹ Norheim & Carlsen (2003), s. 4

²⁰² Norheim & Carlsen (2003), s. 9

²⁰³ Norheim & Carlsen (2003), s. 11 og 12

5.2.2 Behovet for lovgivning med klarere ordlyd

Vi lever i en tid med økende medisinsk tilbud og økende forventninger. Det kan ligge store utfordringer i å kunne møte kravene fra både den enkeltpersoner og pasientgrupper. De løftene velferdssamfunnet gir bør derfor være knyttet til det nivået en kan vente seg av den offentlige helsetjenesten. Det kan være en forutsetning for tillitt til tjenestetilbudet.²⁰⁴ Samfunnsperspektivet, hvor felleskapets ressurser skal forvaltes, bør derfor gjenspeiles i lovgivningen.

Etter gjeldende lovbestemmelse fremstår retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten som en vag og uklar bestemmelse, hvor det kan være vanskelig for pasientene å utlede innholdet. At ordlyden «nødvendig» i pbrl § 2-1b andre ledd må tolkes i lys av begrensningene som følger av prioriteringsforskriften, bidrar ytterligere til å svekke forutberegneligheten. Dette kan videre bidra til å svekke tillitten til helsetjenesten i motsetning til det som er formålet med bestemmelsene etter pbrl § 1-1 andre ledd. Grunnlaget for tillitten blir skapt gjennom avklaring av forventninger og oppfyllelse. Formidling av at det må foretas prioriteringer kan derfor stå sentralt.²⁰⁵

Dette taler for at lovreguleringen bør endres slik at rammene for hva som anses som «nødvendig» fremgår av pbrl § 2-1b andre ledd. Dette vil fremme viktige verdier som åpenhet og forutberegnelighet. Pasienten vil lettere kunne forutberegne sin rettsstilling og bedre kunne avklare sine forventninger til et offentlig finansiert helsesystem. Som det fremgår av analysen av retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten i kapittel 4, foreligger det en rett til nødvendig helsehjelp dersom pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen og de forventede kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt, jf. prioriteringsforskriften § 2. Disse vilkårene setter rammen for hva som anses som «nødvendig» i lovens forstand, men dette er lite tilgjengelig for pasienten som rettsanvender.

²⁰⁴ St.meld. nr. 26 (1999-2000), s. 21

²⁰⁵ St.meld. nr. 26 (1999-2000), s. 8

Forskriftene er generelt mindre tilgjengelige for folk flest. Tidligere måtte man anskaffe særtrykk, men i dag er dette problemet løst ved tilgjengelige lover og forskrifter på internett og via Lovdata. Likevel kan det være vanskelig for en pasient uten juridisk kompetanse å vite hvordan reglene i forskriften skal kombineres med bestemmelsene i loven.²⁰⁶ Klarere ordlyd i pbrl § 2-1b andre ledd vil også kunne bidra til mindre forskjell mellom ressurssterke og ressursvake pasienter. Ressurssterke pasienter vil med uttalte kriterier i lovteksten ut fra ordlyden kunne dempe sine forventninger samtidig som det kan fungere som en tydelig beslutningsstøtte for helsearbeiderne i møte med kravstore pasienter. På den annen side taler systemhensyn for en lovgivningsteknikk som gir rom for dynamisk tolkning i tråd med samfunnsutviklingen. Det er derfor en grense for hvor klar og presis ordlyden også i pasient- og brukerrettighetsloven kan være.

Regjeringen nedsatte i juni 2015 en arbeidsgruppe som skulle vurdere hvordan grad av alvorlighet skulle vurderes i prioriteringsbeslutninger i helsetjenesten.²⁰⁷ Arbeidsgruppen ble satt sammen som en videreføring av forslagene i NOU 2014:12 «Åpent og rettferdig – prioriteringer i helsesektoren». Dette utvalget foreslo å bytte ut de tre gjeldende kriteriene for prioritering med følgende kriterier: «helsegevinstkriteriet», «ressurskriteriet» og «helsetapskriteriet».²⁰⁸ «Helsetapskriteriet» skulle erstatte «alvorlighetskriteriet» hvor tap av helse i fortid skulle tillegges vekt. Dette møtte reaksjoner i mange av høringsinstansene som ikke støttet denne endringen. Arbeidsgruppen ble derfor som følge av dette nedsatt for å vurdere «alvorlighetskriteriet» i prioriteringsbeslutningene. I oktober 2015 gav arbeidsgruppen ut rapporten «På ramme alvor. Alvorlighet og prioritering».²⁰⁹

Et av forslagene til arbeidsgruppen var å ta tilbake alvorlighetskriteriet i ordlyden i pbrl § 2-1b andre ledd. Arbeidsgruppen forslår at kriteriene som ligger til grunn for innholdet i «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten igjen bør fremgå av lovens ordlyd. Med andre ord

²⁰⁶ Kjønsstad & Syse (2012), s. 97

²⁰⁷ Helse- og omsorgsdepartementet (2015b), s. 7

²⁰⁸ NOU (2014: 12) s. 18

²⁰⁹ Helse- og omsorgsdepartementet (2015b), s. 7

foreslås et skritt tilbake i retning av ordlyden før endringene som trådte i kraft 1. november 2015.²¹⁰ Etter gjeldende rett er alvorlighetskriteriet flyttet til fristfastsettelsen etter prioriteringsforskriftens § 2a, og er ikke et kriterium for om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter forskriftens § 2. Arbeidsgruppens ene forslag er å gå tilbake til å ha alvorlighetskriteriet med i vurderingen av om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp. Dette medfører etter arbeidsgruppens mening at kriteriene alvorlighet, nytte og kostnadseffekt igjen skal ligge til grunn for om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd. Arbeidsgruppen foreslår et nytt fjerde ledd i pbrl § 2-1b med følgende ordlyd:

«Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b andre ledd når pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, de forventede kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt og sykdommens alvorlighet tilsier det.»²¹¹

Denne foreslåtte endringen medfører at også prioriteringsforskriften endres tilbake slik den var før den vedtatte endringen i 2013 med alle tre kriteriene i § 2 og mer utfyllende tekstlig beskrivelse av «alvorlighet». Tilstandens alvorlighet skal da komme inn som kriterium både på om det foreligger en rett etter nåværende § 2-1b andre ledd jf. prioriteringsforskriften § 2, og etter prioriteringsforskriften § 2a om pasientens tidsfrist for oppstart av behandlingen og plassering i køen.²¹² De nye forslagene til prioriteringskriterier som fremgår av NOU 2014:12 samt det påfølgende arbeidet i arbeidsgruppen viser hvor komplekst og utfordrende det er å enes om gode kriterier for prioritering. Kriterier som både skal ivareta hensynet til forsvarlighet og ressursforvaltning, og hensynet til likebehandling.

En rettsstilstand tilbake til slik den var før 1. november 2015 vil på den annen side medføre en tilbakeføring til inndelingen i rettighetspasienter og behovspasienter. En av lovgivers intensjoner med lovendring var nettopp å oppheve dette rettslige skillet. Skillet har vært vanskelig å forstå både for

²¹⁰ Helse- og omsorgsdepartementet (2015b), s. 60

²¹¹ Helse- og omsorgsdepartementet (2015b), s. 60

²¹² Helse- og omsorgsdepartementet (2015b), s. 60, 61 og 62

pasienter og helsepersonell. Pasienter kunne bli vurdert til å ha behov for helsehjelp, men ikke en rett til helsehjelp. Det var ikke samsvar mellom den helsefaglige vurderingen av behov, og de rettslige vilkårene for å få rett til nødvendig spesialisthelsetjeneste. Tall fra Norsk Pasientregister viser at det var store forskjeller mellom de ulike helseforetakene når det gjald rettighetstildelingen.²¹³ Dette kan illustrere at det juridiske skillet mellom rettighetspasienter og behovspasienter har vært vanskelig å praktiskere i den medisinske hverdagen, og ikke er ønskelig å gjeninnføre.

Forslaget kan likevel tas til inntekt for behovet for lovgivning med presis ordlyd der pasient kan forutberegne sin rettsstilling. Forventningene til helsetjenesten vil da i større grad være i samsvar med rammene som foreligger for den offentlig finansierte helsetjenesten. Etter min mening vil en lovgivning med klarere ordlyd bedre kunne fungere som virkemiddel for å understøtte balansen mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av felleskapets ressurser.

Arbeidsgruppens andre alternativ var å beholde gjeldende lovregulering, men at alvorlighetskriteriet ble tydeligere presisert i prioriteringsforskriften § 2a. Arbeidsgruppen foreslår følgende ordlyd:

«Spesialisthelsetjenesten skal prioritere pasienter med rett til nødvendig helsehjelp ut fra alvorlighet.

En tilstands alvorlighet skal vurderes ut fra risiko for død eller funksjonstap, graden av fysisk og psykisk funksjonstap samt smerter, fysisk eller psykisk ubehag. Både nå-situasjonen, varighet og tap av fremtidige leveår har betydning for graden av alvorlighet. Graden av alvorlighet øker jo mer det haster å komme i gang med helsehjelp.»²¹⁴

Dette forslaget hvor innholdet i «alvorlighet» presiseres i ordlyden vil i større grad kunne sikre likebehandling ved fristfastsettelse. Dette da det etter gjeldende ordlyd i større grad er overlatt til det faglige skjønnnet å vurdere innholdet av «alvorlighet- og hastegrad» jf. forskriftens § 2a. Spesielt vil dette være viktig for tilstander som ikke dekkes av prioriteringsveilederne.

²¹³ Prop. 118 L (2012-2013), s. 47 og 48

²¹⁴ Helse- og omsorgsdepartementet (2015b), s. 61

«Alvorlighet» som vilkår for fristfastsettelsen ved oppstart av helsehjelpen, burde etter min mening fremgått av ordlyden i pbrl § 2-1b andre ledd for å sikre pasienten forutberegnelighet. Gjeldende regulering hvor pasientens behov samsvare med retten til helsehjelp bør opprettholdes. Vilkårene «nytte» og «kostnadseffektivitet» burde videre fremgå av ordlyden slik som rettstilstanden var før 1. november 2015. Alvorlighetskriteriet kunne videre også fremgått av pbrl § 2-1b andre setning, mens presiseringen av kriteriene fremgikk som etter gjeldende rett av prioriteringsforskriftens §§2 og 2a. Dette forslaget ville ikke innebåret en endring av rettstilstanden, men en tydeligere presisering for pasientene at helsetjenesten må prioritere. Pbrl § 2-1b andre ledd kunne da hatt følgende ordlyd:

«Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Retten gjelder bare dersom pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt. Spesialisthelsetjenesten skal i løpet av vurderingsperioden, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-2 første ledd, fastsette en frist for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp. Fristen skal fastsettes ut fra alvorlighet- og hastegrad, og kravet til faglig forsvarlighet. De regionale helseforetakene kan bestemme hvilke institusjoner som skal fastsette tidsfrist når pasienten er henvist til tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelmisbruk.»

5.2.3 Formålsbestemmelsen som tolkningsfaktor

En relevant rettskildefaktor ved tolkningen av pbrl § 2-1b andre ledd er formålsbestemmelsen i pbrl § 1-1. Helselovgivningen inneholder formålsbestemmelser som gir uttrykk for målsettinger og grunnleggende verdier. Disse er samtidig viktige rettskildefaktorer ved tolkning av innholdet i lovens bestemmelser, eksempelvis ved valg mellom ulike tolkningsalternativer. Formålsbestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven vil derfor kunne gi veiledning når skjønnet skal utøves for hva som anses som «nødvendig helsehjelp» etter pbrl § 2-1b andre ledd. Det fremgår av pbrl § 1-1 første ledd at lovens bestemmelser skal bidra til å ivareta individet «ved å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten». I andre ledd sies det videre at lovens bestemmelser skal

bidra til å «fremme sosial trygghet og ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd.» At hensynet til individet skal ivaretas innenfor ressursmessige rammer fremgår derimot ikke like tydelig.

I motsetning til dette fremgår det av formålsbestemmelsen i spesialisthelsetjenesteloven og helse- og omsorgstjenesteloven en ordlyd hvor også hensynet til forvaltningen av felleskapets ressurser fremgår. Det følger av shl § 1-1 nr. 4 at lovens formål særlig er å «bidra til at ressursene utnyttes best mulig». Den samme ordlyden finner man igjen i formålsbestemmelsen i hpl § 1-1 nr. 7, som gjelder kommunens tjenestetilbud. Når det gjelder helsepersonelloven står det ikke noe om ressursforvaltning i formålsbestemmelsen, men fremgår av helsepersonelloven kapittel 2 som regulerer krav til helsepersonellens yrkesutøvelse. Kravet til forsvarlighet som grunnleggende krav fremgår her av hpl § 4 og kravet til ressursbruk fremgår av hpl § 6. Det følger av denne bestemmelsen at «helsepersonell skal sørge for at helsehjelpen ikke påfører pasienter, helseinstitusjon, trygden eller andre unødvendig tidstap eller utgift.» Både helseinstitusjonene og helsepersonellet har med andre ord en lovpålagt plikt til å forvalte ressursene best mulig, mens det i pasient- og brukerrettighetsloven ikke fremgår for pasientene at det må tas ressurs hensyn.

De holdningsendringene som beskrevet ovenfor, og det gapet som foreligger mellom hva pasienter forventer av helsetjenesten og hva det faktisk er ressurser til, kan tilsi at det også i formålsbestemmelsen til pasient- og brukerrettighetsloven bør fremgå at det foreligger en ressursbegrensning. Dersom lovgivningen skal være et virkemiddel som fremmer balansen mellom hensynet til individet og hensynet til felleskapet, bør dette etter min mening også fremgå av en rettighetslov som pasient- og brukerrettighetsloven. Dette vil kunne være med å bidra til at forventningsgapet minskes slik at pasienter får mer realistiske forestillinger om hva den offentlige helsetjenestene kan tilby. Samtidig vil pasienten i større grad få mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Dette vil igjen bidra til å fremme tillitten mellom pasient og helsetjenesten i tråd med pbrl § 1-1 andre ledd.

5.3 Helsepersonellet: ytere av helsehjelp og ressursforvaltere

For at loven skal kunne være et egnet styringsmiddel bør den etter min oppfatning i større grad ta høyde for at det er helsepersonell som i praksis anvender reglene. I det følgende vil den rettspolitiske drøftelsen vurdere regelverket ut fra helsepersonellet som anvender.

5.3.1 Helsepersonellets rolle som «portvakt»

Helsepersonellet har en plikt til å yte forsvarlig helsehjelp etter hpl § 4, og forvalte ressurser uten å påføre unødige tids- eller utgifter etter hpl § 6. På den ene siden skal helsepersonellet ivareta pasientens individuelle behov. På den annen side har helsepersonellet et kollektivt ansvar for forvaltningen av samfunnets ressurser til aktuelle og potensielle pasienter.²¹⁵ Både i kommunehelsetjenesten og i spesialisthelsetjenesten står helsepersonellet i et dilemma som «portvakt» for fellesskapets ressurser, samtidig som pasientens rett til forsvarlig helsehjelp skal ivaretas.

Fastleger er i varierende grad bevisst denne avveiningen, og kan i større grad ville innfri pasientens ønsker enn å begrense kostnadene for samfunnet. Effekten av den medisinske behandlingen er den viktigste faktoren når legene skal prioritere, men hvilke medisiner som pasienten foretrekker blir også tillagt betydning. De siste 30-40 årene har pasientens behov og ønsker blitt stadig viktigere for samfunnet.²¹⁶ Dette kan ha sammenheng med den økte vektleggingen av pasientens autonomi ved medisinsk behandling. Det økte fokuset på brukermedvirkning kan derfor bli en unnskyldning for legene. Nettopp for å unngå den ubehagelige jobben det gjerne er å sette grenser ut fra økonomiske argumenter.²¹⁷

I behandlingskjeden hvor fastlegen henviser til spesialisthelsetjenesten kan vegringen for «portvakt» rollen føre til at det blir sendt flere henvisninger enn

²¹⁵ Bærøe (2009), s. 490, Carlsen, Hole, Kolstad, & Norheim (2012), s. 1164

²¹⁶ Carlsen et al. (2012), s. 1964 og 1968

²¹⁷ Norheim & Carlsen (2003), s. 16

nødvendig. Fastleger som er usikre bør selvfølgelig la usikkerheten komme pasienten til gode. Det er der legen gir etter for et uberettiget press at problemet oppstår. Fastlegens vansker med å fungere som «portvakt» har ikke direkte overføringsverdi til beslutninger som treffes av leger i spesialisthelsetjenesten. Etter min oppfatning illustrerer det likevel et generelt problem, nemlig at det kan være vanskelig å prioritere ved vurderingen av henvisningene etter pbrl § 2-2 første ledd jf. 2-1b andre ledd. Det er da viktig at prioriteringsforskrift og prioriteringsveiledere brukes som redskap for å sikre at felles kriterier legges til grunn for prioriteringsbeslutningene. Dette vil igjen sikre lovgivers og helsemyndighetenes intensjon om likebehandling i tråd med formålet i pbrl § 1-1 første ledd (jf. «lik tilgang»).

5.3.2 Rettslig regulering for å sikre likebehandling

Rettslig regulering gjennom lovgivning kan være nødvendig for å sikre grunnleggende krav og verdier, og hindre vilkårlighet når helsepersonellet skal vurdere om det foreligger rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd. Prioriteringsansvaret ligger på flere nivåer i helsetjenesten. Hva hver enkelt lege gjør i møte med sine pasienter eller ved vurderingen av en henvisning blir likevel i stor grad avgjørende for den faktiske prioriteringen i helsevesenet.²¹⁸ Helsepersonellet bør kjenne seg forpliktet til å handle i samsvar med det verdigrunnlaget og de målene som gjelder for helsetjenesten som velferdsordning. Det må være rom for faglig skjønn, men beslutninger bør tas i tråd med det overordnede verdigrunnlaget. Pasientens beste innenfor visse rammer bør være i sentrum.²¹⁹

Både etisk og juridisk er det problematisk dersom ressursbruk ikke vies oppmerksomhet, herunder spørsmålet om likebehandling ved forvaltning av felleskapets ressurser.²²⁰ Det kan være i strid med prinsippet om likebehandling dersom utøvelsen av det faglige skjønnnet blir overlatt til etiske normer alene som ikke har juridisk forankring. Det ville da vært opp til den enkelte leges samvittighet eller lojalitetsfølelse om de etiske normene ville bli fulgt, mer enn plikten som følger av juridiske normer. Videre ivaretar de

²¹⁸ Carlsen & Riise (2013), s. 350

²¹⁹ St.meld. nr. 26 (1999-2000), s. 40

²²⁰ Bringedal et al. (2003), s. 1

juridiske normene innbyggernes krav på forutsigbarhet som er et viktig element av rettssikkerhetsidealet. Lovgivningen ivaretar derfor både moralske verdinormer og sikrer pasienten formelle rettigheter.²²¹

Lovreguleringen utgjør den ytre grensen for det medisinskfaglige skjønnnet, og setter grenser for helsepersonellens egne standarder i sin praksis. Det medisinskfaglige skjønnnet er blitt beskrevet både som «hullet i en smultring» i internasjonal litteratur og «en lakune i et system av regler».²²² Gjennom prioriteringsforskriften og prioriteringsveilederne setter helsemyndighetene rammene for vurderingen av om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl § 2-1b andre ledd. Sammenlignet med retten til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten etter pbrl § 2-1a andre ledd er lakunen, skjønnsrommet, mindre etter pbrl § 2-1b andre ledd. Dette taler for at lovgiver og helsemyndigheter har gått langt i å begrense det medisinskfaglige skjønnnet ved tildeling av spesialisthelsetjenester. Lovgiver bidrar med dette til å bedre rettsikkerheten for den enkelte pasient ved at rommet for skjønnsutøvelse og vilkårlighet er minsket.

På den annen side er det utvilsomt en grense for hvor langt lovgiver og helsemyndigheter kan gå i å innsnevre det faglige skjønnnet for å sikre likebehandling. For det første vil det i vurderingen av om det foreligger en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten alltid være behov for å ta individuelle hensyn i hvert enkelte tilfelle. Ingen mennesker er like, og hensynet til det objektive menneskeverdet samt kravet til faglig forsvarlige tjenester medfører et behov for et skjønnsrom.

For det andre omslutter loven det som kan kalles den profesjonelle autonomi. Med den profesjonelle autonomi menes i denne sammenheng «den delegerte, autorative myndigheten profesjoner tilkjennes gjennom en samfunnskontrakt. I henhold til denne kontrakttankegangen gis en profesjon og dermed dens medlemmer skjønnsmyndighet til å forvalte sin spesialkunnskap og tillærte ferdigheter, mens samfunnsmedlemmene til gjengjeld forventer at de handler på en måte som er verdig borgernes tillitt».²²³ Lovgivers intensjon med å sette

²²¹ Ohnstad (2005), s. 2832

²²² Bærøe (2011) s. 24

²²³ Bærøe (2011) s. 27

rammer for det faglige skjønn kan oppleves som å bryte med den faglige autonomi og integritet, og mange leger reagerer intuitivt mot retningslinjer som kommer utenfra.²²⁴

Rettigheter og reglers gjennomslagskraft påvirkes på generelt grunnlag av hvilke signaler de sender og i hvilken grad de oppleves som fornuftig, rettferdig og naturlig av ulike rettsanvendere. Et annet moment er hvilken motivasjon rettsanvenderen, i dette tilfellet legen, har til å følge regelen.²²⁵ Er prioriteringsforskrift og prioriteringsveilederne utformet slik at leger opplever at det ikke lenger er rom for skjønn, kan legens lojalitet til lovgiver og helsemyndigheter gå tapt. Dette kan medføre at reguleringen vil ha motsatt effekt og føre til mindre likebehandling enn det som var lovgivers og helsemyndighetenes intensjon. Lovgiver bør derfor også av denne grunn gjennom lovreguleringen avveie hensynet til likebehandling på den ene siden, og hensynet til å kunne foreta forsvarlige kliniske vurderinger på den andre.

I Danmark er retten til spesialisert helsehjelp mindre presist regulert enn i Norge. Adgangen til sykehusbehandling følger av sundhedsloven.²²⁶ Etter sundhedsloven § 2 er det blant annet lovens formål å oppfylle behovet for «let og like adgang til sundhedsvæsenet» og «kort ventetid på behandling». Personer med bosted i Danmark har etter sundhedsloven § 7 «en ret til lovens ydelser». Det fremgår videre av § 79 at Regionsrådet har ansvaret for å gi sykehusbehandling til personer som har bosted i regionen, men ikke en nærmere presis fastlegging av normens innhold. Loven signaliserer at innbyggerne har rett til behandling, herunder sykehusbehandling, men rettigheten er mye mindre klart formulert enn i norsk lovgivning. Etter norsk rett foreligger det en individuell rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten jf. pbrl § 2-1b andre ledd, mens den danske reguleringen ikke inneholder klare individuelle rettigheter.²²⁷

Det nærmere innholdet i retten til spesialisert helsehjelp etter den danske reguleringen beror i større grad på det medisinskfaglige skjønn og på de

²²⁴ Bringedal et al. (2003), s. 36 og 37

²²⁵ Olsen (2015), s. 87

²²⁶ Sundhedsloven (2014)

²²⁷ Aasen et al. (2015) s. 416

ulike regionenes behandlingstilbud.²²⁸ Den danske modellen gir derfor mer rom for individuelle vurderinger av pasientens behov enn den norske modellen. Dette kan være en fordel i møte med pasienter hvor det kan være en utfordring å standardisere vurderingen av behov for helsehjelp. Den norske modellen skaper på den annen side gjennom prioriteringsforskriften og prioriteringskriteriene åpenhet om prioritering som ikke fremgår like tydelig i den danske modellen.²²⁹ Dette er også i tråd med Norheim- utvalgets anbefalinger om tydelige kriterier for prioritering for å «fremme likhet i vurderingene i helsetjenesten».²³⁰

Samlet sett kan dette tale for at norsk regulering er mer rettighetsorientert, og har gått så langt som det er mulig for å sikre likebehandling ved tildeling av helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd. Lov, forskrift og veiledere gir rom for individuell skjønnsutøvelse og samtidig rammer som vil fremme en felles forståelse og praksis.²³¹

5.3.3 Lovgivning som beslutningsstøtte

En lovregulering hvor samfunnsperspektivet fremgår både av formålsbestemmelsen i pbrl § 1-1 samt i pbrl § 2-1b vil i større grad kunne fungere som beslutningsstøtte. Dette er spesielt viktig når helsepersonellet skal foreta vanskelige avgjørelser som å avslå helsehjelp.²³² Økt medbestemmelse fra pasienter kan føre til krav om utredning eller ytelser som det ikke er medisinsk grunnlag for å anbefale. Ressursmessige forhold krever da at legen setter grenser.²³³ Dette kan være en utfordrende oppgave, men med lovtekst med klarere ordlyd som beslutningsstøtte kan dette gi helsepersonellet et tydeligere mandat og hjelp til å utøve «portvaktrollen» på en forsvarlig måte.²³⁴

²²⁸ Aasen et al. (2015) s. 418

²²⁹ Aasen et al. (2015), s. 431

²³⁰ NOU (2014: 12) s. 159

²³¹ Norheim (2015), s. 193

²³² Carlsen & Norheim (2005), s. 5

²³³ Gulbrandsen et al. (2002), s. 1874

²³⁴ Norheim & Carlsen (2003), s. 19

Enkelte hevder at argumentet om krevende pasienter kan være overdrevet. Uansett handler det mer om legenes vilje til å rasjonalisere enn at det er vanskelig å si nei.²³⁵ Dette kan tale for viktigheten av å bevisstgjøre helsepersonellet om at plikten til å yte forsvarlig helsehjelp også omfatter plikt til forsvarlig ressursforvaltning. Her er både lovgivningen og opplæring et viktig virkemiddel.

5.4 Hvor sterk bør retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten være?

Hvorvidt pbrl § 2-1b andre ledd er en sterk eller svak rettighet ble analysert ovenfor i kapittel 4. Det fremgår her at etter gjeldende rett er bestemmelsen fremdeles vurderingspreget både på vilkårssiden og på rettsfølgesiden. Likevel er den mindre vurderingspreget enn retten til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten etter pbrl § 2-1a andre ledd. Spørsmålet er om retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten burde være en sterkere rettighet?

Hensynet til åpenhet og forutberegnelighet taler for en ordlyd i lovbestemmelsen som er klarere og mer presis. På den annen side er ikke retten like vurderingspreget som det fremgår av lovens ordlyd. Lovgiver og helsemyndighetene har gått langt for å sette rammer for det frie medisinske skjønn. Gjennom prioriteringsforskriften og prioriteringsveilederne er bestemmelsen gjort langt mindre vurderingspreget. Det må antas at det rommet for faglig skjønn som gjenstår er nødvendig for å kunne utøve forsvarlig virksomhet overfor den enkelte pasient. En bestemmelse om rett til nødvendig helsehjelp kan med andre ord ikke bestå av helt fastlagte vilkår eller virkninger, slik som en sterk rettighet kjennetegnes.

Et annet moment er at det ved rett til nødvendig helsehjelp alltid vil være en konkurranse om ressurser som kjennetegner en svak rettighet. Gapet mellom forventninger og behovet for helsehjelp på den ene siden, og den offentlige helsetjenestens tilgjengelige ressurser på den andre, vil fortsette å øke.²³⁶

²³⁵ Carlsen & Norheim (2005), s. 8

²³⁶ Bærøe (2009)s. 488, NOU (2014: 12) s. 16

Lovgiver og helsemyndigheter forsøker imidlertid gjennom reguleringen å sikre at ressursene fordeles etter prinsippet om likebehandling gjennom kriteriene i prioriteringsforskrift og prioriteringsveiledere. Dette kan tale for at retten til nødvendig helsehjelp er en så sterk rettighet som den kan være, gitt behovet for faglig skjønn og realiteten i at det må prioriteres i lys av begrensede ressurser.

5.5 Prioritering i et mer helhetlig perspektiv

Etter gjeldende rett har pasienten rett til nødvendig helsehjelp både fra kommunehelsetjenesten etter pbrl § 2-1a andre ledd og fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd. Den tilsvarende plikten til å yte helsehjelp er videre hjemlet i «sørge for» ansvaret både etter shl § 2-1a første ledd og hol § 3-1 første ledd. Tjenestene skal ytes på lavest forsvarlige nivå i helsetjenesten, men skillet mellom den kommunale helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten kan være noe flytende. Det er derfor viktig at tjenestenivåene samarbeider slik at pasienten får god og forsvarlig helsehjelp.²³⁷ Pbrl § 2-1b andre ledd med tilhørende prioriteringsforskrift og prioriteringsveilederne gjelder bare deler av pasientforløpet, nemlig ved «inngangsporten» til spesialisthelsetjenesten hvor henvisningene vurderes etter pbrl § 2-2 første ledd. Balansen mellom hensynet til individet og hensynet til forvaltningen av felleskapets ressurser er likevel en verdiavveining som må foretas på alle nivåer av den offentlige helsesektoren.

Hver eneste dag tas tusenvis av prioriteringsbeslutninger i norsk helsetjeneste. Etter gjeldende rett er kriteriene fra Lønning II – utvalget bare kodifisert i prioriteringsforskriften som regulerer hva som er «nødvendig helsehjelp» i spesialisthelsetjenesten. Lovgiver og helsemyndighetenes tiltak for å sikre rett prioritering har dermed i stor grad blitt isolert til å regulere tilgangen til spesialisthelsetjeneste for henviste pasienter. Dette kan tale for at perspektivet

²³⁷ Prop. 118 L (2012-2013), s. 102

er smalt. Forskriften fungerer bare som ressursbegrensning på ett sted i en lang behandlingskjede.²³⁸

Nordheim – utvalget tar til orde for at prioriteringskriteriene bør fremgå av større deler av helselovgivningen.²³⁹ Det er viktig «at lovverket understøtter bruk av et gitt sett med overordnede prioriteringskriterier for hele helsetjenesten. På denne måten kan prioritering gjøres konsistent og sikre at pasientene likebehandles.»²⁴⁰ Prioriteringskriteriene er etter gjeldende rett begrenset til spesialisthelsetjenesten, til tross for at primærhelsetjenestene står for hovedtyngden av pasientbehandlingen. Dette taler for at reguleringen av prioritering bør ha et bredere perspektiv. Lovreguleringen bør rettes mot hele behandlingskjeden på begge forvaltningsnivåene.²⁴¹ Dette medfører at kriteriene lovgiver og helsemyndighetene setter for prioritering bør tas i bruk i all relevant lovgivning som virkemiddel for å fremme balansen mellom individ og fellesskap.²⁴² De til enhver tid gjeldende kriterier bør derfor også fremgå av spesialisthelsetjenesteloven og helse- og omsorgstjenesteloven som grunnlag for de prioriteringsavveiningene som virksomhetene må foreta. Dette kan hjemles i «sørge- for ansvaret» etter shl § 2-1a første ledd og hol § 3-1 første ledd.²⁴³

Videre bør kriteriene fremgå av helsepersonelloven som regulerer helsepersonellens rettigheter og plikter. Denne tydeliggjøringen vil kunne gi helsepersonellet et sterkere mandat til å prioritere, samtidig som helsepersonellens ansvar for å forvalte fellesskapets ressurser på en forsvarlig måte i tråd med idealet om likebehandling vil bli synliggjort.²⁴⁴ Når det endelig gjelder pasient- og brukerrettighetsloven, bør kriteriene fremgå av ordlyden både ved retten til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten etter pbrl § 2-1a andre ledd, og retten til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pbrl § 2-1b andre ledd. En lovgivning hvor prioriteringskriteriene fremgår av all relevant helselovgivning vil da kunne

²³⁸ Sletnes (2007), s. 45

²³⁹ NOU (2014: 12) s. 20

²⁴⁰ NOU (2014: 12) s. 160

²⁴¹ Sletnes (2007), s. 45

²⁴² NOU (2014: 12) s. 157

²⁴³ NOU (2014: 12) s. 159

²⁴⁴ NOU (2014: 12) s. 159 og 160

fremstå som mindre fragmentert og hvor prioriteringsarbeidet i hele behandlingskjeden vil få juridisk forankring. Dette vil kunne bidra til at verdiavveiningen mellom individ og fellesskap settes inn i et mer helhetlig perspektiv sammenlignet med dagens regulering.

Lovgivningen er likevel bare ett av flere virkemidler for å understøtte forsvarlig ressursforvaltning. Avslutningsvis vil jeg derfor kort vurdere lovgivningen i sammenheng med andre aktuelle virkemidler.

5.6 Noen siste betraktninger

Fordeling av helsetjenester er sammensatt og foregår i et samspill mellom politisk og økonomisk styring, medisinsk skjønn og juridisk kontroll.²⁴⁵ Gode kriterier for prioritering som er juridisk forankret i hele helselovgivningen kan være bra, men dette er bare ett av flere virkemidler for å fremme forsvarlig prioritering. Spørsmålet er da hvilke andre virkemidler som kan tas i bruk på dette feltet?

Et første virkemiddel som påvirker tilbudet til ulike pasientgrupper er finansieringsordningene. Somatiske sykdommer har for eksempel jevnt over fått et bedre tilbud enn psykiske sykdommer som kan være minst like alvorlige. Et annet eksempel er lavstatuslidelser, eksempelvis knyttet til rusmisbrukere som har blitt lavere prioritert ved fordeling av helseressursene.²⁴⁶ Dette kan tale for at finansieringsordningene også bør utformes slik at de fører til beslutninger som samsvarer med prioriteringskriteriene for å sikre likebehandling.²⁴⁷

For det andre er opplæring av ledere som forvalter fellesskapets ressurser et viktig virkemiddel. Lederne bør ha kunnskap om sammenhengen mellom helsetjenestens verdier og prioriteringer.²⁴⁸ Gjennom opplæring i gjeldende kriterier vil det kunne fattes beslutninger i tråd med disse.

²⁴⁵ Syse (2012) s. 384

²⁴⁶ Bringedal et al. (2003) s. 32

²⁴⁷ NOU (2014: 12) s. 183

²⁴⁸ NOU (2014: 12) s. 161

Et tredje virkemiddel er utdanning av helsepersonell i forsvarlig ressursforvaltning. Idealet om likebehandling kan bli utfordret i utøvelsen av faglig skjønn. Bevissthet, kunnskap og åpenhet om hvilke kriterier som ligger til grunn for prioriteringen er derfor svært viktig.²⁴⁹ Dette kan tale for at en opplæring i vedtatte kriterier bør utgjøre en større del av pensum i helserelaterte utdanninger.²⁵⁰ Studentene bør gjennom utdanningsløpet bli introdusert for den verdiavveiningen man står ovenfor som helsepersonell. At hensynet til pasienten nødvendigvis må være helsepersonellet sitt primæransvar, er ikke det samme som at hensyn til virksomhetens og samfunnets ressursforvaltning er uviktig. Mye kan tyde på at det er lagt for lite vekt på prioriteringsspørsmål og prioriteringsetikk i grunn- og videreutdanningen av leger og annet helsepersonell.²⁵¹ Helseutdanningsinstitusjonene har ansvar for utdanningen av helsepersonellet og at skjønnsutøvelse «kultiveres» i tråd med gjeldende lovgivning og regelverk.²⁵² Denne «kultivering» av skjønn vil kunne være med å sikre formålet i pasient- og brukerrettighetsloven, jf. pbrl § 1-1 første ledd, om å gi befolkningen «lik tilgang» til tjenester av god kvalitet.

Et fjerde virkemiddel kan være å gi leger i spesialisering opplæring i prioriteringskriteriene.²⁵³ For å kunne gjøre gode prioriteringer er det viktig at legene i spesialisthelsetjenesten kan anvende prioriteringsforskriften og prioriteringsveilederne. Økt kompetanse blant helsepersonell når det gjelder tolkningen av regelverket og den innebygde avveiningen mellom individet og fellesskap vil motvirke at det er opptil den enkelte lege hvordan vilkårene tolkes og hva som vil bli mest vektlagt.²⁵⁴ Dette vil igjen kunne bidra til større grad av likebehandling i klinisk praksis.

Endelig er informasjon til befolkningen et viktig virkemiddel. Som vi har sett ovenfor foreligger det en endring i pasientens holdninger hvor fellesskapstanken muligens ikke er like fremtredende i dagens samfunn som

²⁴⁹ Hanssen et al. (2015) s. 38

²⁵⁰ NOU (2014: 12) s. 169

²⁵¹ NOU (2014: 12) s. 169, St.meld. nr. 26 (1999-2000) s. 37, Norheim (2015) s. 192 og 193

²⁵² Bærøe (2011) s. 27

²⁵³ Sagsveen & Rørtveit (2010) s. 588

²⁵⁴ Bærøe (2009) s. 490

tidligere. Medias dekning av medisin og helse spiller derfor en viktig rolle i formasjonen av forventningene til helsetjenesten. Det er et stort behov for større offentlig debatt og bevissthet om prioriteringskriterier basert på felles verdier i samfunnet. Den offentlige debatten kan videre føre til politisk debatt og til utfordringene på klinisk nivå i møte med den individuelle pasienten.²⁵⁵

Hva som er helsetjenester av god kvalitet er et subjektivt begrep som vanskelig kan standardiseres. En økt forståelse i befolkningen for at det foreligger begrensede ressurser som må forvaltes forsvarlig vil kunne føre til at forventningene blir lavere. Dette vil videre kunne medføre at den subjektive kvalitetsopplevelsen vil øke ikke bare ved høyere utbytte, men også ved lavere forventninger.²⁵⁶ Den norske befolkningen er godt vant, men på sikt er det nødvendig at forståelsen øker for at det må prioriteres og at ressursene må forvaltes ut fra prinsippet om likebehandling. Dette krever modige politikere som våger å ta upopulære beslutninger. Det er også behov for at media dekker fellesskaps- og solidaritetstanken i like stor grad som dekningen av individuelle skjebner. Hele samfunnet har sterke interesser i at dette arbeidet lykkes.²⁵⁷

Til slutt vil jeg peke på at flere helsetilbud ikke er ensbetydende med bedre helse. Fisher og Welch viser eksempelvis til virkningen av overdiagnostisering og overbehandling, herunder den velkjente medisinske utfordringen at økt diagnostisering fører til avdekning av sykdommer som aldri ville blitt synlige gjennom pasientens liv dersom det ikke var for diagnostiserende tester. Etter en gitt alder vil det normalt være flere celleendringer. Økt testing kombinert med et økende antall gamle, kan føre til unødig bekymring, uforhet og unødvendig behandling.²⁵⁸ Økt kunnskap og forståelse blant helsepersonell og pasienter for at det er en fin balansen mellom hensynet til individet og forsvarlig forvaltningen av felleskapets ressurser kan føre til at urealistiske forventninger til helsetjenesten dempes. En kollektiv raushet både i holdning og handling når det gjelder hva vi forventer og krever kan være en viktig

²⁵⁵ Mørland et al. (2010) s. 403, NOU (2014: 12) s. 171, Nylenna et al. (2015) s. 11

²⁵⁶ Nylenna et al. (2015) s. 2

²⁵⁷ Bringedal et al. (2003) s. 38

²⁵⁸ Fisher & Welch (1999) s. 449 og 450

forutsetning for videreføring av den norske velferdsmodellen som dagens befolkning kanskje tar for gitt.²⁵⁹

²⁵⁹ Nylenna (2015), s. 536

Kildeoversikt

Lover

Lov om barnetrygd (barnetrygdloven) LOV-2002-03-08-4.
Lov om barneverntjenester (barnevernloven) LOV-1992-07-17-100.
Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) LOV-1967-02-10.
Kongeriket Norges Grunnlov, LOV 1814-05-17.
Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) LOV-2011-06-24-30.
Lov om helseforetak m.m. (helseforetaksloven) LOV-2001-06-15-93.
Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) LOV-1999-07-02-64.
Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) LOV 1998-07-17-61.
Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) LOV-1999-07-02-63.
Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven) LOV-1999-07-02-61.
Lov om tannhelsetjenesten (tannhelsetjenesteloven) LOV-1983-06-03-54.

Dansk lov

Lovbekendtgørelse nr. 1202 av 14. november 2014 Sundhedsloven.

Forskrift

Forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket. FOR 2011-12-16-1255.
Forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften) FOR 2000-12-01-1208.

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 04. november 1950.
FNs verdenserklæring om menneskerettigheter 10. desember 1948.
De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

Rettspraksis

Rt. 1990 s. 874 *Fusadommen*.
Rt. 2009 s. 170 *Voldsoffererstatningsdommen*.

Forarbeider

- Helse- og omsorgsdepartementet (2015a) *Høringsnotat - endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og implementering av pasientrettighetsdirektivet.*
- NOU (1987: 23)a (kun sammendrag) *Retningslinjer for prioriteringer innen norsk helsetjeneste.*
- NOU (1987: 23)b *Retningslinjer for prioritering innen norsk helsetjeneste.*
- NOU (1997: 18) *Prioritering på ny. Gjennomgang av retningslinjer for prioriteringer innen norsk helsetjeneste.*
- NOU (2014: 12) *Åpent og rettferdig - prioriteringer i helsetjenesten.*
- Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) *Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m.*
- Ot.prp. nr. 12 (1998 - 1999) *Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).*
- Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) *Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven).*
- Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).*
- Ot.prp. nr. 63 (2002-2003) *Om lov om endringer i lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) m.m.*
- Ot.prp. nr. 66 (1981-1982) *1. Om lov om helsetjenesten i kommunene. 2. Om lov om endringene i lov av 5. juni 1964 nr. 2 om sosial omsorg. 3. Om lov om planlegging av og forsøksvirksomhet i sosialtjenesten og helsetjenesten i kommunene.*
- Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) *Om lov om helseforetak m.m.*
- Prop. 118 L (2012-2013) *Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (rett til nødvendig helsehjelp og pasientrettighetsdirektivet m.m.).*
- St.meld. nr. 26 (1999-2000) *Om verdier for den norske helsetjenesten.*

Rapporter

- Helse- og omsorgsdepartementet (2015b) *På ramme alvor. Alvorlighet og prioritering.*
- Helsedirektoratet (2012) *Prioriteringer i helsesektoren : verdigrunnlag, status og utfordringer.*

Prioriteringsveiledere

- Helsedirektoratet (2015a) *Aktuell informasjon om lov og forskrift for prioriteringsveilederne.*
- Helsedirektoratet (2015b) *Prioriteringsveileder - geriatri.*
- Helsedirektoratet (2015c) *Prioriteringsveileder - habilitering av barn og unge i spesialisthelsetjenesten.*

Litteratur

- Andenæs, M. H. *Rettskildelære*, 2. utg., Oslo 2009

- Barbosa da Silva, A., Hugaas, J. V., Ljungquist, M., & Norheim, A. *Etikk og menneskesyn i helsetjeneste og sosialt arbeid*, Oslo 2006
- Bendixsen, S., Jacobsen, C. M., & Søvig, K. H. *Eksepsjonell velferd? : irregulære migranter i det norske velferdssamfunnet*, Oslo 2015
- Eckhoff, T., & Smith, E. *Forvaltningsrett*, 9. utg. ved Eivind Smith., Oslo 2010
- Fleischer, C. A. *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998
- Hanssen, H., Humerfelt, K., Kjelle vold, A., Norheim, A., & Sommerseth, R. *Faglig skjønn og brukervedvirkning i helse- og velferdstjenestene*, 2. utg., Bergen 2015
- Høstmælingen, N. *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utg., Oslo 2012
- Jonassen, K. R., & Barbosa da Silva, A. *Integritetens, verdighetens og autonomiens plass i helse- og omsorgstjenestene : en etisk analyse*, 2015
- Kjønstad, A. *Rett til helsehjelp og sosiale tjenester : særlig om hjemmesykepleie og hjemmehjelp*, Oslo 1990
- Kjønstad, A. *Helserett - Pasienters og helsearbeideres rettsstilling*, 2. utg., Oslo 2007
- Kjønstad, A., & Syse, A. *Helseprioriteringer og pasientrettigheter*, Oslo 1992
- Kjønstad, A., & Syse, A. *Velferdsrett I*, 3. utg., Oslo 2005
- Kjønstad, A., & Syse, A. *Velferdsrett I : grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 5. utg., Oslo 2012
- Knoph, R., Lilleholt, K., & Andenæs, J. *Knophs oversikt over Norges rett*, 13. utg., Oslo 2009
- Magnussen, A.-M., & Aasen, H. S. Prioritering av helsetjenester og retten til nødvendig helsehjelp : noen tanker om rett og politikk. Bokkapittel i: *Velferd og rettferd: festskrift til Asbjørn Kjønstad*. Oslo 2013
- Molven, O. *Helse og jus*, 7. utg., Oslo 2012
- Nygaard, N. *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Bergen ; Oslo 2004
- Ohnstad, B. *Velferd, rettssikkerhet og personvern*, Bergen 2011
- Syse, A. *Pasient- og brukerrettighetsloven : med kommentarer*, 4. rev. utg., Oslo 2015
- Tuseth, B. S., & Winge, N. K. *Masteroppgaven i juss : kort forklart*, Oslo 2014
- Aasen, H. S., Halvorsen, R., & Barbosa da Silva, A. *Human rights, dignity and autonomy in health care and social services : Nordic perspectives*, Antwerp 2009
- Aasen, H. S., & Kildal, N. *Grunnloven og velferdsstaten*, Bergen 2014

Artikler

- Bringedal, B., «Verdensmester i teoretisk prioritering», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2015 s. 79-86

- Bærøe, K. «Priority-setting in healthcare: a framework for reasonable clinical judgements», *Journal of Medical Ethics*, 2009 s. 488 - 496
- Bærøe, K. «Mellom samfunnsstrukturer og profesjon: om avgrensning, kultivering og premisser for adekvat skjønnsutøvelse i legerollen», *Etikk i Praksis : Nordic Journal of Applied Ethics*, 2011 s. 23-44
- Carlsen, B., Hole, A. R., Kolstad, J. R., & Norheim, O. F., «When you can't have the cake and eat it too. A study of medical doctors' priorities in complex choice situations», *Social Science & Medicine*, 2012 s. 1964-1973
- Carlsen, B., & Norheim, O. F., ««Saying no is no easy matter» A qualitative study of competing concerns in rationing decisions in general practice», 2005 s. 1-11
- Carlsen, B., & Riise, J., «Fastlegenes dilemma: Pasientvelferd eller kostnadshensyn?», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2013 s. 349-358
- Fisher, E. S., & Welch, H. G., «Avoiding the Unintended Consequences of Growth in Medical Care: How Might More Be Worse?», *JAMA, The Journal of the American Medical Association*, 1999 s. 446-453
- Førde, R., «Profesjonsetikk og prioritering er ikke eld og vatn», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2004 s. 958 - 959
- Gulbrandsen, P., Førde, R., & Aasland, O. G., «Hvordan har legen det som portvakt?», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2002 s. 1874 - 1879
- Halvorsen, M., ««Nødvendig helsehjelp» som redskap for prioriteringer», *Lov og Rett*, 2004 s. 143-156
- Johansson, K. A., Miljeteig, I., & Norheim, O. F., «Høykostnadsmedisin - mangler vi åpne og legitime prosedyrer for prioritering?», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2009 s. 17 - 20
- Kristiansen, I. S., Førde, O. H., Aasland, O., Hotvedt, R., Johnsen, R., & Førde, R., «Threats from patients and their effects on medical decision making: a cross-sectional, randomised trial», *The Lancet*, 2001 s. 1258-1261
- Magnussen, A.-M., «Er politikken rettsliggjort? En diskusjon av Makt- og demokratiutredningens påstand om at det skjer en rettsliggjøring av politikken», *Lov og Rett*, 2007 s. 154-170
- Mørland, B., Ringard, Å., & Røttingen, J.-A., «Supporting tough decisions in Norway: A healthcare system approach», *Int J Technol Assess Health Care*, 2010 s. 398-404
- Norheim, O. F., «Rettferdig prioritering i helsetjenesten: hva kan gjøres i praksis?», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2015 s. 191-194
- Nylenna, M., «Raushet og velferdsstaten», *Utposten*, 2015 s. 530 - 537
- Nylenna, M., Andresen, B. Ø., Saunes, I. S., & Lindahl, A. K., «What is Good Quality of Health Care?», *Professions & Professionalism*, 2015 s. 1 - 15

- Ohnstad, B., «Jus eller etikk?», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2005 s. 2832 - 2833
- Olsen, J. P., «Et demokratiprojekt? - Grunnlovsjubileet og folkestyrets organisatoriske basis», *Norsk statsvitenskapelig tidsskrift*, 2015 s. 83-117
- Sagsveen, M., & Rørtveit, G., «Skal legene prioritere etter kostnader eller nytte?», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2010 s. 588-588
- Sletnes, T., «Prioritering gjennom nøkkelhullet», *Stat & Styring*, 2007 s. 44-45
- Syse, A., «Pasientrettigheter - jus og fag», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2012 s. 384
- Aasen, H. S., Hartlev, M., & Magnussen, A. M., «Right to hospital care and prioritisation from a law and politics perspective - the experiences of Norway and Denmark», *European Journal of Social Security*, 2015 s. 409 - 435
- Aasen, H. S., & Kjellebold, A., «Velferd og menneskerettigheter ; «ulovlig opphold» som grunnlag for å avskjære helse- og sosialhjelp?», *Tidsskrift for velferdsforskning*, 2012 s. 93 - 106

Nettsider

HELFO. Hentet fra

<https://helsedirektoratet.no/finansieringsordninger/helserefusjoner-for-primer-og-spesialisthelsetjenesten>

Helsebiblioteket.no. (2015). Pasientforløp og behandlingslinjer. Hentet fra

<http://www.helsebiblioteket.no/psykisk-helse/aktuelt/her-finner-du-behandlingslinjer-og-retningslinjer-for-akutt-delir>

Andre dokumenter

Bringedal, B., Iversen, T., & Kristiansen, I. S. (2003). *Verdien av liv og helse - hvor mye bør samfunnet være villig til å betale for helseforbedringer?*, Oslo.

Den Norske Legeforening. (1961). Ethiske regler for leger. Hentet fra <http://legeforeningen.no/Om-Legeforeningen/Organisasjonen/Rad-og-utvalg/Organisasjonspolitiske-utvalg/etikk/etiske-regler-for-leger/>

General Comment no. 14 (2000) *General Comment No. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health.*

Norheim, O. F., & Carlsen, B., «Legens doble rolle som advokat og portvakt i Fastlegeordningen. Evaluering av fastlegeordningen», 2003 s. 1 - 23